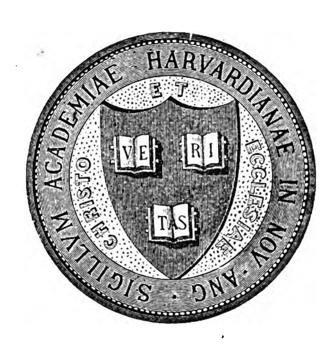

HDI
HL 0ZJ4 E


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. D. Sammer,

Oberlandesgerichtsrat und Geh. Justizrat in Jena.

Der ganzen Folge 60. Band.

Neue Folge XL. Band.

Jena,

Druck und Verlag von Hermann Pohle

Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.

1913.

Sachregister
zum vierzigsten Band der Neuen Folge.
(Band 60 der ganzen Reihe.)

Allgemeines.

Zusammenstellung der besprochenen Literatur.

Abhandlungen und Entscheidungen.

1. Bürgerliches Gesetzbuch.

2. Nebengesetze zum BGB.

a) Grundbuchordnung.

b) Zwangsversteigerungsgesetz.

c) Freiwillige Gerichtsbarkeit.

3. Abzahlungsgeschäfte.

4. Versicherungsrecht.

5. Gerichtsverfassungsgesetz.

6. Zivilprozeßordnung.

7. Landesrecht

(ausgenommen Strafrecht).

a) Thüringen gemeinsam.

b) Großherzogtum Sachsen.

c) Herzogtum S.-Altenburg.

d) Herzogtum S.-Coburg u. Gotha.

e) Fürstentum Reuß ä. L.

f) Fürstentum Reuß j. L.

8. Reichsverwaltungsrecht.

9. Strafrecht.

10. Strafprozeß.

11. Kosten.

a) Gerichtskosten.

b) Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Verzeichnis der Einsender.

Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen.

Der Beschwerdeantrag in Grundbuchsachen.

Von Landgerichtsrat du Chesne in Leipzig.

Antrag ist die Geltendmachung eines behaupteten prozessualen Anspruchs. Ein solcher wird nicht nur dem Grundbuchamte, sondern auch den Oberinstanzen gegenüber durch Einlegung der Beschwerde und weiteren Beschwerde geltend gemacht. Demnach ist die erste und weitere Beschwerde ihrer Natur nach ein Antrag, der vom Antrag an die erste Instanz nur dadurch grundsätzlich abweicht, daß er eine Entscheidung der ersten Instanz voraussetzt, gegen die er bei der Oberinstanz Abhilfe sucht. Nun finden wir aber sehr häufig, daß die Beschwerde nicht nur die Erklärung enthält, es werde Beschwerde eingelegt, bzw. es werde Abhilfe gegen die Entscheidung der Vorinstanz gesucht, sondern daß sie noch ein besonderes Verlangen hinzufügt. Es sollen zur Erleichterung der nachfolgenden Untersuchungen schon hier einige Beispielsfälle aufgestellt werden.

1) Es ist ein Eintragungsantrag zurückgewiesen und nunmehr eine andere Hypothek eingetragen worden. Die Beschwerde enthält den Antrag, die verweigerte Eintragung hinter jener anderen Hypothek vorzunehmen.

2) Es ist eine Hypothek eingetragen; der Grundstückseigentümer beschwert sich dagegen mit dem Antrage, einen Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs zu verlautbaren.

3) Es ist eine befristete Zwischenverfügung auf Beibringung eines Erbscheins und einer Zustimmungserklärung erlassen. Mit der Beschwerde wird verlangt, daß das Erfordernis des Erbscheins in Wegfall gestellt werde.

4) Das Grundbuchamt hat einen gemäß § 62 GBO. von X herbeigezogenen Hypothekenbrief dem Y ausgehändigt; X beschwert sich hierüber mit dem Antrage, den Brief wieder beizuziehen und ihm selbst auszuhändigen.

Im Falle 1 enthält der der Beschwerde hinzugefügte Antrag nichts, was nicht schon im Begriff der Beschwerde läge. Das Ab-

hilfeverlangen kann nach Lage der Sache gar nicht anders befriedigt werden, als daß die beantragte Eintragung hinter der inzwischen eingetragenen Hypothek erfolgt. Der hinzugefügte Antrag sagt demnach nur etwas ausdrücklich, was bereits stillschweigend mit dem Beschwerdeantrage selbst verlangt wurde; er ist eigentlich überflüssig und kann nur insofern Bedeutung haben, als er erkennen läßt, wie sich der Beschwerdeführer die verlangte Abhilfe denkt.

Dasselbe gilt vom Falle 2. Auch hier ergibt sich schon aus dem Gesetze (§ 71, 2 GBO.), daß die Abhilfe gar nicht anders, als durch Eintragung eines Widerspruchs geschehen kann, also in dieser Weise als bereits durch die Einlegung der „Beschwerde" gefordert anzusehen ist. Der hinzugefügte Antrag ist daher auch hier überflüssig und hat höchstens den negativen Wert, klarzustellen, daß der Wille des Beschwerdeführers nicht auf die gesetzlich ausgeschlossene Löschung der Hypothek geht.

Anders im Falle 3. Würde in diesem Falle nur die Erklärung abgegeben sein, daß Beschwerde eingelegt werde, so würde das Beschwerdegericht beide Eintragungserfordernisse zu prüfen und, wenn es beide unbegründet fände, die Eintragung anzuordnen haben. Der Beschwerdeführer will jedoch die Prüfung und Entscheidung auf das eine der beiden Eintragungserfordernisse beschränkt wissen und verlangt eine Eintragungsanordnung des Beschwerdegerichts gar nicht. Der hinzugefügte Antrag enthält demnach die nähere Bestimmung der Richtung und des Umfangs der erstrebten Abhilfe.

Im Falle 4 endlich enthält der hinzugefügte Antrag ein Doppeltes. Einmal erläutert er den in der Beschwerde liegenden Antrag auf Abhilfe gegen die Entscheidung des Grundbuchamts, die in der Aushändigung des Briefs an Y liegt, in ähnlicher Weise wie in den Fällen 1 und 2, und sagt insoweit nichts, was nicht schon in der Einlegung der Beschwerde läge. Ferner aber fügt er ein neues und selbständiges Verlangen hinzu, indem er Aushändigung des Briefs an X anstrebt. Dieses Verlangen bedarf auch einer besonderen Begründung dahin, daß der Zweck, zu dem das Grundbuchamt die Vorlegung des Briefs gefordert hat, erfüllt ist. Deshalb erhebt sich die Frage: Ist nicht die Beschwerde nur auf Wiedereinziehung des Briefs von Y, also auf Beseitigung der Beeinträchtigung der Rechte des X zu richten und alsdann die Rückgabe des Briefs an X unter Bezugnahme auf die eingetretene Erledigung des Vorlegungszweckes beim Grundbuchamte zu beantragen? Daß dieser Weg gangbar wäre, läßt sich wohl kaum bezweifeln. Er dürfte aber auch der

einzig gangbare sein. Zunächst wird das Beschwerdegericht gar nicht immer prüfen können, ob die Voraussetzungen für die Rückgabe des Briefs gegeben sind. Das Grundbuchamt hat den Briefinhaber X zur Vorlegung des Briefs angehalten, weil es gemeint hat, von Amts wegen einen Widerspruch bei der Hypothek eintragen oder die Hypothek als inhaltlich unzulässig löschen zu müssen (§ 62 GBO.). Wenn es, ohne eines von beiden zu tun, den Brief dem Y ausgehändigt hat, so ist damit noch nicht gesagt, ob es die eine der beiden möglichen Absichten aufgegeben hat, und welche. Denn es kann den Brief bis auf weitere Entschließung haben herausgeben wollen. Würde das Beschwerdegericht die Wiedereinziehung und Rückgabe des Briefs an X anordnen, so würde es damit dem Grundbuchamte wenigstens zur Zeit die Möglichkeit abschneiden, eine ihm obliegende Offizialpflicht zu erfüllen. Es würde damit in Verhältnisse eingreifen, in denen zunächst das Grundbuchamt allein souverän ist und die mangels einer gegen die Eintragung der Hypothek selbst gerichteten Beschwerde vom Beschwerdegericht gar nicht geregelt werden können (§§ 71, 2; 54 GBO.). Denn wenn das Beschwerdegericht außerhalb des Falles des § 71, 2 GBO. keine Eintragung gemäß § 54 anordnen kann, so kann es eine solche Eintragung auch nicht für unnötig erklären und unmöglich machen. Aber auch, wenn das Grundbuchamt den Vermerk schon auf den Brief gebracht hatte, als es ihn an Y hinausgab, bedeutet es ein überflüssiges und möglicherweise störendes Eingreifen in den Amtsbetrieb des Grundbuchamts, wenn das Beschwerdegericht auch die Herausgabe des Briefs an X verfügt. Das Beschwerdegericht wird durch die Beschwerde nur soweit zuständig, als die zu beseitigende Rechtsbeeinträchtigung reicht; es hat nur diese Beseitigung vorzunehmen, darüber hinaus aber nicht in den Betrieb der ersten Instanz einzugreifen. Da aber im Beispielsfalle die Beeinträchtigung nicht in der Einforderung des Briefes von X, sondern nur in seiner Herausgabe an Y lag, so hat das Beschwerdegericht auch nur diese Herausgabe rückgängig zu machen und im übrigen dem Grundbuchamte die Entschließung zu überlassen. Das Gegenteil würde zu einer Beeinträchtigung der Beteiligten führen können. Denn wenn nun Y sich durch die Anordnung des Beschwerdegerichts, daß der Brief an X herauszugeben sei, beschwert fände, so könnte er hiergegen nur noch mit der weiteren Beschwerde mit ihrer Einschränkung auf die Fälle der Gesetzesverletzung vorgehen und dadurch möglicherweise um sein Recht kommen. Jedenfalls würde er aber eine Instanz verlieren. Man halte nicht ein, das Beschwerdegericht könne doch

gemäß § 74 GBO. mit novis befaßt werden, denn dieses Novenrecht bezieht sich nur auf Tatsachen und Beweise, nicht aber auf Anträge, wie ein solcher hier eingeführt werden soll.

Nach alledem ist der auf Herausgabe des Briefs an X bezügliche Teil des Antrags im Falle 4 gar kein Beschwerdeantrag, sondern ein dem Beschwerdeantrag hinzugefügter selbständiger, an das Grundbuchamt zu richtender und daher vom Beschwerdegericht an dieses zu leitender Antrag — es sei denn, daß der Beschwerdeführer dies ausdrücklich als seinem Willen zuwiderlaufend bezeichnet hätte, welchen Falles die Beschwerde insoweit zurückzuweisen wäre.

Aus diesem Grunde scheint mir auch — wie hier in parenthesi bemerkt werden mag — das Beispiel einer bedingten Beschwerde, das ich in Predaris Kommentar zu § 71 Anm. 8 Abs. 2 gegeben habe, nicht mehr zutreffend. Danach beschwert sich X über den Aushändigungsbeschluß an Y mit dem Antrage, es solle der Brief an Y nur ausgehändigt werden, wenn dieser bis zu einem bestimmten Tag eine bestimmte Summe zahlen werde. Zunächst ist das Beispiel insofern unrichtig, als darin eine Beschwerde gegen den Aushändigungsbeschluß zugelassen wird, der doch den Beteiligten nur durch die Aushändigung selbst bekannt wird und bekannt werden soll, nicht aber ihnen vom Grundbuchbeamten besonders eröffnet werden darf. Dies habe ich an anderer Stelle ausführlich dargetan[1]).

Aber auch wenn das Beispiel so gewendet würde, daß Y gegen die Aushändigung des wieder eingezogenen Briefs an X weitere Beschwerde einlegte mit dem Hinzufügen, es solle der Brief an X nur gegen Zahlung einer bestimmten Summe ausgehändigt werden — was gegenüber einem Beschlusse des Beschwerdegerichts an sich möglich wäre — so läge darin nicht eine bedingte weitere Beschwerde, sondern nur ein bedingter Gegenantrag gegenüber dem ursprünglichen Beschwerdeantrage des X, den Brief von Y wieder beizuziehen und ihm, dem X, auszuhändigen. Von einem solchen Beschwerdeantrage würde aber wieder nur der erste Teil, auf Wiedereinziehung, an das Beschwerdegericht, der zweite Teil auf Aushändigung, aber als nicht mehr auf Beseitigung einer Beeinträchtigung gerichtet an das Grundbuchamt zu stellen sein. Wir hätten damit wieder den Fall 4 vor uns; es würde sich um einen bedingten Antrag handeln, nicht um eine bedingte Beschwerde, wenn man den zweiten Teil des Beschwerdeantrags, auf Aushändigung, unter eine Bedingung, etwa die, daß ein dritter am Briefe Berechtigter zustimme, stellen wollte.

1) ZZP. 43, 76 ff.

Aehnliche Fälle, wie der Fall 4, lassen sich zahlreich aufstellen. A. beschwert sich, daß ihm die Einsicht ins Grundbuch verweigert worden sei und beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, ihm die Einsicht am Montag der übernächsten Woche, wo er wieder an Amtsstelle anwesend sein werde, zu gestatten. Auch hier kann das Beschwerdegericht nur die Anweisung erteilen, dem Beschwerdeführer Einsicht zu gewähren; der weitere Teil des Beschwerdeantrags ist ein erneuter Antrag an das Grundbuchamt, über den nur von diesem entschieden werden kann.

Damit soll nicht gesagt sein, daß der „Beschwerdeantrag" immer nur eine Erläuternng oder Beschränkung des Abhilfewillens der schon in der Einlegung der Beschwerde ausgedrückt liegt, wäre. Vielmehr kann er auch eine Erweiterung des bloßen Antrags auf Abhilfe gegenüber der in der erstinstanzlichen Entscheidung liegenden Beeinträchtigung enthalten. Nehmen wir an, das Grundbuchamt habe die Eintragung einer Hypothek abgelehnt, mit der Beschwerde würde auch Eintragung der Unterwerfungsklausel oder einer Nebenleistung verlangt. Hier würde die bloße Erklärung, es werde Beschwerde eingelegt, nur die Beseitigung der Ablehnung des Hypothekeneintrags zur Folge haben können; es soll aber mehr, nämlich eine Erweiterung des ursprünglich verlangten Eintrags, erfordert werden. Indessen darf, wie ich bereits in BayNotZ. 9, 37 hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem erstinstanzlichen und dem Beschwerdeantrage dargelegt habe, die Erweiterung des Abhilfeverlangens nicht zum Antrage auf Vornahme einer neuen selbständigen Handlung (Eintragung aus einem anderen Schuldgrunde) werden, da alsdann wieder der Fall 4 vorliegt.

Wir können demnach zunächst wohl feststellen, daß der dem Abhilfeverlangen (Beschwerdeeinlegung) etwa noch hinzugefügte besondere Antrag das Beschwerdegericht nur dann angeht und bindet, wenn er Erläuterung, Beschränkung oder Erweiterung, überhaupt Modifikation des bloßen Abhilfeverlangens in dem von uns näher bezeichneten Sinn bedeutet. Hierin liegen aber nicht etwa, wie es nach dem bisher Gesagten scheinen könnte, zwei einander unter Umständen widersprechende Anträge. Vielmehr ist das, was wir bisher als Abhilfeverlangen bezeichneten, nur das aus der rechtlichen Natur der Beschwerde und der Sachlage der vorinstanzlichen Entscheidung durch Auslegung zu findende Ziel des Beschwerdeverlangens, das demnach *im Zweifel* als dem Willen des Beschwerdeführers entsprechend anzusehen ist, während der sog. Beschwerdeantrag die ausdrückliche, die Auslegung überflüssig machende uud an ihre Stelle tretende Erklärung des

Willens des Beschwerdeführers ist. Derjenige „Beschwerdeantrag" aber d. i. derjenige Ausdruck des Willens des Beschwerdeführers, der über eine Erläuterung oder Modifikation des Auslegungsergebnisses hinsichtlich des Abhilfeverlangens hinausgeht, ist überhaupt nicht Beschwerdeantrag, sondern im Zweifel nur irregegangener selbständiger, für das Grundbuchamt bestimmter Antrag.

Mir will scheinen, als ob diese Natur des „Beschwerdeantrags" nicht immer klar erkannt worden wäre; so z. B. Güthe, § 77, Bem. 3, wo sich hierüber nichts findet. Dies ergibt sich meines Erachtens auch daraus, daß Güthe a. a. O. lehrt: „Hat der Beschwerdeführer die Eintragung eines Widerspruchs nach § 54 Abs. 1 Satz 1 verlangt, so ist dem Antrage auch stattzugeben, wenn die Eintragung inhaltlich unzulässig ist; das Grundbuchamt wird, aber darauf hinzuweisen sein, daß es eine inhaltlich unzulässige Eintragung von Amts wegen zu löschen hat." Zunächst ist gegen eine inhaltlich unzulässige Eintragung ein Widerspruch nicht eintragbar, da sie am öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht teil hat (Güthe § 54 Bem. 31), dieser also nicht durch einen Widerspruch aufgehoben werden kann. Dann aber ist der „Beschwerdeantrag" auf Eintragung eines Widerspruchs die gesetzlich unrichtige, aber für das Beschwerdegericht maßgebliche Erläuterung des Abhilfeverlangens und daher zurückzuweisen.

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

1. Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Patentanwaltes.

Die Beklagte hat den gesamten Prozeßbetrieb in die Hand des Patentanwaltes R. gelegt, indem sie mit ihm mündliche Besprechungen abhielt, von ihm die Schriftsätze ausarbeiten und den Schriftwechsel mit dem Prozeßbevollmächtigten führen ließ. Ein solches Verfahren geht weit über das hinaus, was zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig ist. Es setzt an die Stelle des mit der Prozeß-

führung beauftragten Rechtsanwaltes den Patentanwalt und drückt den Rechtsanwalt zum Werkzeug des Patentanwaltes herab. Das steht mit der Stellung, die die Prozeßordnung dem Rechtsanwalt zuweist, im Widerspruch. Seine Aufgabe und Pflicht ist es, sich so in den Prozeßstoff einzuarbeiten, daß er ihn beherrscht und selbständig beurteilen kann. Dies gilt auch von Streitigkeiten auf technischem Gebiet. Nur die Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen kann je nach der Schwierigkeit des Falles und nach der technischen Bildung der Partei in Frage kommen, damit sich die Partei und der Anwalt über technische Fragen Aufklärung schafft.

Die Beklagte war selbst sachverständig und konnte ihren Anwalt mit ihren Kenntnissen unterstützen. Immerhin waren die technischen Fragen so zweifelhaft, daß die Einholung eines Gutachtens gerechtfertigt war. Die Prüfung der Neuheit erforderte ferner Nachforschungen, zu denen sich die Beklagte der Hilfe eines Sachverständigen bedienen konnte. Erstattungsfähig ist daher nur die Vergütung, die die Beklagte hierfür aufzuwenden hatte. Bei Bemessung der Vergütung ist zwar nicht, wie das Landgericht meint, der Gebührensatz für gerichtliche Gutachten zugrunde zu legen, da der Sachverständige in privatem Auftrage tätig war. Indes ist die vom Landgericht festgesetzte Gesamtvergütung von 214,75 M. auch nach der Gebührenordnung des Verbandes deutscher Patentanwälte für die Ausarbeituug des Gutachtens und die Nachforschungen nach älteren Patenten reichlich.

Die Kosten für die übrige Tätigkeit des Patentanwaltes sind nicht erstattungsfähig.

Beschluß des 2. Zivilsenats vom 29. Januar 1812, II W 10/12 (nach Rudolstadt).

2. Verschiedener Zwang zur Herbeiführung von Löschung unzulässiger Eintragungen und von Anmeldung des Erlöschens einer Firma.

Der Böttchermeister Robert S. in A. betrieb ein Faßfabrikationsgeschäft unter seinem bürgerlichen Namen. Eine Firma hatte er nicht eintragen lassen. Nach seinem Tode im Juli 1908 schlossen seine Erben, die Witwe mit den Kindern, eine offene Handelsgesellschaft zum Zwecke des gemeinschaftlichen Betriebes des ererbten, auch jetzt noch ungeteilten Geschäfts unter der bisherigen Firma Robert S. Am 26. Januar 1909 ist die offene Handelsgesellschaft Robert S. im Handelsregister eingetragen worden. Auf Anregung der Handelskammer und auf

Grund tatsächlicher Ermittelungen über die Art des Betriebes gab das Registergericht unterm 20. Dezember 1911 den Geschäftsinhabern unter Androhung einer Ordnungsstrafe auf: das Erlöschen der Firma zur Eintragung anzumelden, weil das Geschäft über den Umfang des Handwerks nicht hinausgehe. Die Geschäftsinhaber erhoben Einspruch. Das Registergericht verwarf in dem Beschluß vom 23. Januar 1912 den Einspruch, setzte die angedrohte Ordnungsstrafe von je 5 M. gegen jeden Beteiligten fest und gab ihnen erneut bei Strafe auf, die Anmeldung binnen bestimmter Frist zu bewirken oder die Unterlassung mittels Einspruchs zu rechtfertigen. Die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluß wies das Landgericht durch Entscheidung vom 17. Februar 1912 zurück. Es billigte die Annahme, daß der Betrieb nur ein handwerksmäßiger sei und wies den Einwand der Beschwerdeführer zurück, daß sie die Firma jedenfalls so lange fortführen dürften, wie ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden sei. Hiergegen richtet sich die weitere sofortige Beschwerde der Geschäftsinhaber mit dem Antrag, samt den Vorentscheidungen die Verfügung des Registergerichts vom 20. Dezember 1911 aufzuheben.

Das Landgericht hat festgestellt, daß von vornherein ein handwerksmäßiger Betrieb vorliege. Nach § 4 HGB. findet auf diesen Betrieb das Firmenrecht keine Anwendung und kann keine offene Handelsgesellschaft durch Vereinigung zu diesem Betriebe begründet werden. Die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft mit der Firma Robert S. in das Handelsregister war also unzulässig.

Der Einwand der Beschwerdeführer, die einmal eingetragene Firma dürfe fortgeführt werden, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, ist unbegründet. Ihm liegt der richtige Gedanke zugrunde, daß eine aufgelöste offene Handelsgesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation, also so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, als fortbestehend gilt und die Firma der offenen Handelsgesellschaft erst nach Beendigung der Liquidation erlischt (§§ 156, 157 HGB.). Der Fall, daß eine offene Handelsgesellschaft sich aufgelöst habe, oder kraft Gesetzes aufgelöst sei, liegt nicht vor. Es ist niemals eine offene Handelsgesellschaft begründet worden. Nach § 5 HGB. ist zwar durch die Eintragung eine Vermutung der Uebereinstimmung des Registers mit der Wirklichkeit entstanden: die Beschwerdeführer können gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen, daß eine offene Handelsgesellschaft nicht zustande gekommen sei. Aber diese Vermutung greift nur in den privatrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft Platz,

sie gilt nicht gegenüber dem Registergericht, das im Gegenteil die unrichtige Eintragung im geordneten Verfahren zu löschen berufen ist.

Die Beschwerdeführer berufen sich zur Begründung ihres Standpunktes auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 4. November 1910 (OLGRspr. 22, 36). Dort ist ausgeführt, daß eine offene Handelsgesellschaft aus dem Grunde, daß ihr Betrieb auf den Umfang des Kleingewerbes zurückgegangen sei, nicht zu löschen sei; das Herabsinken des Betriebes auf den Umfang des Kleingewerbes führe zwar die Auflösung der Handelsgesellschaft herbei, aber damit sei nach den im Vorstehenden erwähnten Grundsätzen des Handelsgesellschaftsrechts (§§ 156, 157 HGB.) die Gesellschaft noch nicht untergegangen, die Firma noch nicht erloschen. Die Entscheidung paßt nicht auf den vorliegenden Fall. Sie bezieht sich auf eine zu Recht bestehende und eingetragene offene Handelsgesellschaft, die durch das Herabsinkeu zur Auflösung kommt und für deren Liquidation die §§ 145 ff. HGB. gelten. Im vorliegenden Falle kann aber, weil eine offene Handelsgesellschaft von vornherein nicht entstanden ist, von deren Auflösung nicht die Rede sein.

Aus einem anderen Grunde ist der weiteren Beschwerde stattzugeben. Das Registergericht hat ein Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung der Anmeldung des Firmenerlöschens nach § 132 FGG. eingeleitet. Das ist hier nicht zulässig. § 142 FGG. weist den Weg, auf welchem eine unzulässige Eintragung von Amts wegen zu löschen ist. Der Unterschied der beiden Verfahrensarten ist erheblich, da § 142 FGG. von Ordnungsstrafen absieht und es in das Ermessen des Registergerichts stellt, ob es die Löschung von Amts wegen betreiben will.

Das Ordnungsstrafverfahren nach § 132 FGG. setzt voraus, daß jemand verpflichtet ist, eine Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen (§ 14 HGB.). Ueber die Anmeldepflicht handelt § 31 HGB. Danach hat der Geschäftsinhaber die Aenderung seiner Firma und ihr Erlöschen anzumelden. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf rechtmäßig eingetragene Firmen. Ist eine Firma zu Unrecht eingetragen, so kann sie nicht geändert werden, kann sie nicht erlöschen. Für sie kommen die besonderen Bestimmungen über die Löschung unzulässiger Eintragungen zur Anwendung. Diese finden sich, abgesehen von dem hier nicht in Frage kommenden Sonderfall des § 144 FGG., in dem § 142 FGG. Nach dieser Vorschrift mußte das Registergericht, wenn es von seiner Befugnis, zu löschen, Gebrauch machen wollte, vorgehen.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 30. März 1912 Y 5/12 (nach Altenburg).

3. Geltungsbereich des § 7 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Der Antragsgegner, ein beim Gericht des ersten Rechtsgangs zugelassener Rechtsanwalt, ist im Verhandlungstermine des zweiten Rechtsgangs neben dem Prozeßbevollmächtigten persönlich anwesend gewesen. Das Landgericht hat ihm im Kostenfestsetzungsverfahren dafür nur eine Entschädigung nach § 91 Abs. 1 ZPO. zugebilligt, er glaubt aber Anspruch auf Gebühren und Auslagen nach § 7 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zu haben. Danach kann der Rechtsanwalt bei Betrieb eigener Angelegenheiten Gebühren und Auslagen von dem kostenpflichtigen Gegner bis zu dem Betrage fordern, in dem er Gebühren und Auslagen eines bevollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte. Nun handelt sich es hier zwar um den Betrieb einer eigenen Angelegenheit, wenn auch der Antragsgegner nicht in einer persönlichen Angelegenheit, sondern nur in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter an dem Verfahren beteiligt gewesen ist. Aber trotzdem ist § 7 nicht anwendbar. Er will dem Anwalt in eigenen Angelegenheiten die Gebühren und Auslagen gewährleisten, die er einem anderen Anwalte, wenn er sich von ihm vertreten lassen würde, zu zahlen haben würde. Er geht also von der Voraussetzung aus, daß der Anwalt für sich eine Tätigkeit als Anwalt entwickelt, tatsächlich keinen anderen Anwalt als Prozeßbevollmächtigten für sich bestellt (oder daß doch nicht der bestellte Prozeßbevollmächtigte, sondern er selbst bei einzelnen prozessualen Handlungen tätig geworden ist). Da hier aber der Antragsgegner neben seinem Prozeßbevollmächtigten im Verhandlungstermin erschienen war, war er lediglich als Partei erschienen und eine eigene Tätigkeit als Anwalt konnte bei ihm gar nicht in Frage kommen. Er steht insofern gar nicht anders als jede andere Partei, die nicht Rechtsanwalt ist.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 10. Februar 1912, W 20/12 (nach Gotha).

4. Die Entlassung eines Grundstücks aus der Haftung für eine Gesamthypothek fällt unter § 75 des Gerichtskostengesetzes von Reuß ä. L.

Die Kreditanstalt in F. hatte auf drei Grundstücken der Firma W. in Greiz eine Gesamthypothek von 80000 M. Sie entließ am

24. März 1911 das eine Grundstück aus der Mithaft; die Hypothek wurde auf diesem Grundstück gelöscht.

Dafür berechnete das Amtsgericht Greiz nach einem Werte von 80000 M. eine Löschungsgebühr nach §§ 76, 71, 62 GKG. für Reuß ä. L. vom 17. November 1899 ($^5/_{10}$ einer Grundgebühr). Die Firma W. erhob dagegen Erinnerung, um eine Berechnung nach einem Werte von 30000 M., dem Kredit auf das entlassene Grundstück, zu erreichen. Das Amtsgericht wies die Erinnerung zurück. Auf Beschwerde der Firma W. hob das Landgericht Greiz den Beschluß auf und berechnete nach einem Werte von 80000 M. eine Gebühr nach §§ 75, 62 GKG. ($^2/_{10}$ der Grundgebühr).

Dagegen führte der Staatsfiskus von Reuß ä. L. weitere Beschwerde. Sie wollte die Berechnung des Amtsgerichts wiederhergestellt haben. Der Senat wies sie mit folgender Begründung zurück.

Die weitere Beschwerde hält den § 75 nicht für anwendbar, weil er „Eintragungen" behandle, während hier eine „Löschung" zu berechnen sei und für diese § 76 gelte. Doch der Gegensatz zwischen „Eintragung" und „Löschung" bildet keinen Grund gegen die Einordnung der Haftentlassung in § 75, denn auch die Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke fällt nach Abs. 2 unter § 75, obwohl sie zu einem Erlöschen eingetragener Rechte führt. Die §§ 75 und 76 verfolgen also den Gegensatz zwischen „Eintragung" und „Löschung" selbst nicht scharf.

Ferner soll nach dem Sprachgebrauche eine Haftentlassung keine bloße „Veränderung" (nach § 75), sondern eine „Löschung" (nach § 76) sein. Doch gerade der Ausdruck „Veränderung" bezeichnet sehr treffend die Haftentlassung, da ihr Kernpunkt in einer Aenderung der Zahl der verhafteten Grundstücke liegt.

Weiter ist auch der Hinweis auf § 77 Abs. 3 Satz 2 GKG. nicht zwingend. Nach § 77 Abs. 3 Satz 1 nämlich wird für die Erstreckung eines Grundstückrechtes auf ein anderes Grundstück eine geminderte Gebühr erhoben, und in Satz 2 heißt es weiter:

„Die Gebühr für eine etwa gleichzeitig erfolgende Löschung wird besonders erhoben."

Wenn aber die weitere Beschwerde ausführt, damit sei auf die Gebühr des § 76 verwiesen, so nimmt sie damit den beweisdürftigen Schluß in den Beweisgrund selbst auf, denn Satz 2 kann bei dem Mangel einer scharfen Scheidung zwischen „Eintragung" und „Löschung" in den §§ 75 und 76 auch dahin ausgelegt werden:

„Die etwa nach § 75 für diese Art Löschung fällige Gebühr wird besonders erhoben."

Endlich soll der Vergleich mit dem preußischen Rechte, dem Vorbilde des reußischen Gerichtskostengesetzes, gegen § 75 und für § 76 sprechen. Das preußische Gerichtskostengesetz vom 6. Oktober 1899 begünstigte allerdings in § 64 Abs. 1 Satz 2 durch eine geringere Gebühr die Erstreckung der Mithaft auf ein anderes Grundstück und die Entlassung eines Grundstücks aus der Mithaft; § 77 Abs. 3 reuß. GKG. dagegen bestimmt nur eine Gebührenermäßigung für die Erstreckung, jedoch nicht auch für die Entlassung. Daher soll nach dem Willen des reuß. Gesetzes für die Entlassung die gewöhnliche Löschungsgebühr des § 76 erwachsen. Doch auch diese Erwägung schlägt nicht durch. Denn das reußische Gesetz kann die Entlassung in § 77 Abs. 3 Satz 1 sehr wohl deshalb übergangen haben, weil es sie etwa sonst in Abweichung vom preußischen Rechte behandelt, wie etwa im § 75. Denn gerade diese Bestimmung weicht vom entsprechenden § 60 des preußischen GKG. ab, indem sie in einem besonderen Absatz Beispiele für „Veränderungen" im Sinne des § 75 anführt, und vielleicht will das Gesetz gerade die Haftentlassung einem dieser Beispiele unterstellen, während das preußische Gesetz sie nicht als eine „Veränderung" im Sinne seines § 60 ansieht.

Das ist auch in der Tat der Fall. Denn § 75 Abs. 2 des reußischen Gesetzes führt ausdrücklich „die Verteilung einer Gesamthypothek auf die einzelnen Grundstücke" an. Ist dieser Fall aber eine „Veränderung" im Sinne des § 75 Abs. 1, so muß dasselbe von der Haftentlassung gelten. Denn beide Geschäfte sind eng verwandt: bei jedem erlischt ein Recht an einem verhafteten Grundstück; bei der Verteilung zum Teil, bei der Entlassung ganz (vgl. Recht 1909 Nr. 77; § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB.); beide Fälle mit verschiedenen Gebühren zu belegen, wäre daher innerlich nicht begründet. Ihre Verwandtschaft ist so eng, daß auch nach dem preußischen Gerichtskostengesetz vom 6. Oktober 1899, das — anders als das reußische Gesetz — gerade die Verteilung einer Gesamthypothek nicht besonders erwähnte, für diese dieselbe Gebühr wie für die Haftentlassung zu erheben war (vgl. Mügel [5] Anm. 6d zu § 60). § 75 liegt hier um so näher, als er die Generalbestimmung für eigenartige und doch nicht besonders behandelte Geschäfte ist.

Ermäßigt § 77 Abs. 3 die Eintragungsgebühr für die Haft-erstreckung, so war dies auch bei der Löschungsgebühr für die Haft-entlassung, an sich ein wirtschaftlich erfreuliches Geschäft, geboten.

Eine Gebührenminderung erfordert auch die Billigkeit, denn sonst wäre die hohe Löschungsgebühr bei einer Haftung zahlreicher Grundstücke und der allmählichen Entlassung einzelner unbillig oft zu entrichten.

Sie ist um so mehr begründet, als sich der maßgebende Wert, wie die weitere Beschwerde selbst annimmt, nicht nach dem entlassenen Grundstück, sondern nach der Gesamthypothek bemißt (§ 79 GKG.).

Beschluß des ersten Zivilsenats vom 19. März 1912, Y 10/12 (nach Greiz).

5. Grenzen der Stempelbefreiung von Prozeßvollmachten (Altenb. StempStG. TarSt. 38 Anm. 3f).

In einem Zivilprozesse vor einem altenburgischen Amtsgerichte reichte der Anwalt des Klägers eine Vollmacht ein, die so lautet:

„Dem Herrn Rechtsanwalt ..... wird in der Sache des ...., gegen den ..... wegen 167,40 M. Forderung Prozeßvollmacht und Auftrag zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung des Unterzeichneten erteilt. Der Bevollmächtigte wird außer den in den §§ 81 und 82 ZPO. bezeichneten Handlungen auch ermächtigt, den Streitgegenstand und Zahlungen aller Art in Empfang zu nehmen, Forderungen zu kündigen und zu zedieren, Rechte und Ansprüche abzutreten, auch mit allen ihm erteilten Befugnissen an den Unterzeichneten im Konkurse über das Vermögen des Gegners, im Zwangsversteigerungsverfahren und in den durch die Zwangsvollstreckung veranlaßten Streitigkeiten und Prozessen zu vertreten, auch diese Vollmacht auf andere zu übertragen."

Das Amtsgericht hat zu dieser Vollmacht einen Stempel von 1,50 M. verwendet. Der Landgerichtspräsident hat auf Beschwerde, mit der völlige Stempelfreiheit geltend gemacht wurde, nur den Stempelbetrag auf 1 M. herabgesetzt.

Der Oberlandesgerichtspräsident hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen mit folgender Begründung.

Vollmachten, deren Gegenstand einen Wert von zwar über 150 M., aber nicht über 300 M. hat, sind nach Anm. 3 f zu Tarif-Nr. 38 des sachsen-altenb. Stempelsteuergesetzes (vom 9. Januar 1911, GS. 1, 42) stempelfrei, wenn sie „zur Vertretung in einem Verfahren vor einem Gerichte oder einer Verwaltungsbehörde erteilt" sind. Diese Befreiung tritt aber nicht ein, wenn die Vollmachten auch zur Vertretung bei Rechtsgeschäften außerhalb eines solchen Verfahrens erteilt sind. Befreit sind die Vollmachten nur, soweit sie „Prozeßvollmachten" — so nennt die Begründung sie (ldsch. Mitt. 1910—12, S. 248,

zu Tarifst. 37 letzter Abs.) — und diesem entsprechende Verfahrensvollmachten sind.

Die vorliegende Vollmacht geht aber über den Rahmen einer Prozeßvollmacht sicherlich mindestens insoweit hinaus, als sie zur Abtretung von Forderungen, Rechten und Ansprüchen ermächtigen soll, auch wenn man als Gegenstand der eingeräumten Verfügungsmacht nur die Klageforderung selbst ansieht. Die Abtretung ist keine Prozeßhandlung. Zur Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers mag eine solche Abtretung unter Umständen vielleicht zu dienen geeignet sein; aber sie ist darum noch kein Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens, das die gerichtliche Feststellung und die Beitreibung einer Geldforderung von 167,40 M. zum Gegenstande hat; sie ist auch nicht, wie etwa Aufrechnung, Kündigung, Anfechtung, trotz ihres rechtsgeschäftlichen Charakters zugleich auch eine Prozeßhandlung, mit der ein materielles Recht des Vollmachtgebers geltend gemacht wird, um ihm im Prozesse zum Obsiegen zu verhelfen (vgl. RGZ. 54, 275; Böhme, sächs. StStG. Anm. 42, c, 1, 2 zu §§ 3, 4 Bd. I S. 74, 75; Anm. 14, b zu Tarifst. 23, Bd. II S. 607; v. Heinitz[3] preuß. StStG. Anm. III 3 B b zu TSt. 73 S. 714). Die Vollmacht ist deshalb insoweit mit Recht als Vollmacht zu Rechtsgeschäften verstempelt worden.

Was die weitere Beschwerde geltend macht, ist hiergegen nicht stichhaltig. Es ist nicht richtig, daß bei solcher Abgrenzung des Rahmens der Prozeßvollmacht jede Prozeßvollmacht in der Zwangsvollstreckungsinstanz stempelpflichtig sein würde. Denn auch die Vertretung in dem Verfahren des Gerichtsvollziehers ist Vertretung in einem Verfahren vor Gericht; „Gericht" umfaßt hier, wie aus der Zusammenstellung mit den Verwaltungsbehörden entnommen werden muß, wie alle „bei" den Gerichten eingerichteten Dienststellen: Gerichtsschreiberei (GVG. § 154), Staatsanwaltschaft (GVG. § 142) und Gerichtsvollzieher (GVG. § 155 und GVollzV. vom 28. Juni 1879, GS. S. 175, § 16 Abs. 1). Die Grundbuchämter und Schiffsregisterbehörden aber, die zur Vollstreckung angerufen werden (ZPO. §§ 867, 831, 830), sind entweder Gerichte oder Verwaltungsbehörden. — Dagegen ist allerdings die Vollmacht zu einer dem Prozesse vorausgehenden Tätigkeit stempelpflichtig. Das ist nichts Unbilliges. Wenn der Gläubiger ohne Vermittelung eines Bevollmächtigten den Schuldner vor dem Prozesse unter Klagandrohung mahnt oder ihm kündigt, so ist das ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechts, keine Prozeßhandlung. Daran ändert sich nichts, wenn es durch einen

Bevollmächtigten geschieht, sei es auch ein Rechtsanwalt. Die Vollmacht hierzu macht die übertragene Mahnung nicht zu einer Prozeßhandlung, sie ist keine Prozeßvollmacht, sondern Vollmacht zu einem Rechtsgeschäft. Eine darauf beschränkte Vollmacht ist daher, wie nach dem Gesetze grundsätzlich alle Vollmachten zu Rechtsgeschäften, stempelpflichtig. Sie bleibt es auch, wenn sie mit einer Prozeßvollmacht verbunden wird. Eine als „Prozeßvollmacht" bezeichnete Vollmacht, die zu einer solchen Handlung außerhalb des Prozesses, vor dem Prozesse und möglichenfalls ohne Prozeß ermächtigt, ist mehr als eine Prozeßvollmacht, enthält neben einer wirklichen Prozeßvollmacht zugleich noch die Vollmacht zu nicht-prozessualen Rechtsgeschäften. Auf solche mit der Prozeßvollmacht verbundene Rechtsgeschäftsvollmachten erstreckt sich aber die Befreiungsvorschrift der Anm. 3f der Tarifstelle 38 nicht; sie gehören nicht zum Wesen einer Vertretung in einem „Verfahren vor Gericht" (§ 9 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 StStG.).

Da schon die Ermächtigung zur Abtretung den Stempelansatz von 1 M. (nach Tarifst. 38, I) rechtfertigt, bedarf es nicht noch der Prüfung, ob auch die Ermächtigung, den Streitgegenstand und Zahlungen aller Art in Empfang zu nehmen und Forderungen zu kündigen, ihn rechtfertigen würden, sei es weil diese Ermächtigungen überhaupt nicht in den Rahmen einer Prozeßvollmacht (§ 81, 82 ZPO.) fallen, sei es wenigstens deshalb, weil sie auch schon vor Anhängigmachung und außerhalb des Prozesses gelten sollten. Es bedarf auch keiner Prüfung, ob bei der „Prozeßvollmacht ..... zur ..... außergerichtlichen Vertretung" nur an Prozeßhandlungen, die bloß nicht gerade dem Gericht gegenüber vorgenommen werden, oder auch an nicht-prozessuale Rechtsgeschäfte außerhalb eines anhängigen Prozesses gedacht ist.

Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 16. April 1912, A 415/12 (nach Altenburg).

6. Rückständige Zinsen sind nicht „andere Nebenleistungen" im Sinne des § 1115 Abs. 1 BGB.

Der Bauunternehmer B. beantragte am 24. November 1911 im Grundbuch von Zwötzen drei Hypotheken je mit Zinsen vom 1. Oktober 1911 ab einzutragen.

Am 5. Januar 1912 lehnte das Grundbuchamt den Antrag, Zinsen vom 1. Oktober 1911 bis 1. Januar 1912 einzutragen, ab, weil verfallene Zinsen in dieser Form nicht eintragungsfähig seien.

Das Landgericht wies die Beschwerde des Antragstellers zurück.

Auf seine weitere Beschwerde wurden die Vorentscheidungen aufgehoben.

Zur Entscheidung steht die Frage, ob bei der Eintragung einer Hypothek der Anfangstermin des Zinsenlaufes auch in der Vergangenheit liegen kann, und zwar so weit zurück, daß zur Zeit der Eintragung schon eine Rate fällig ist.

Die Frage ist zu bejahen, denn keine gesetzliche Vorschrift steht entgegen.

Das Kammergericht hat in OLGRspr. 14, 95 und 15, 375 bereits den Standpunkt vertreten, daß jeder Termin auch in der Vergangenheit liegen könne. Der Kommentar der Reichsgerichtsräte zum BGB. schließt sich 1, 1033 Anm. 8 an. Dabei ist auch nirgends der Vorbehalt gemacht, jener Zeitpunkt dürfe etwa nicht so weit zurückliegen, daß zur Zeit der Eintragung bereits eine Rate fällig wäre. Eine Einschränkung nach dieser Richtung wäre auch gesetzlich nicht begründet, denn die Beteiligten sind nach der Rechtsordnung in der Bestimmung des zeitlichen Umfangs der dinglichen Belastung unbeschränkt (vgl. Güthe, GBO. [2] 1, 204).

Der Ansicht des Grundbuchamtes, fällige Zinsen seien nur als „Nebenleistungen" im Sinne des § 1115 BGB. mit ihrem Geldbetrag eintragbar, weil sie eine selbständige Kapitalforderung bildeten, ist nicht beizutreten.

Denn wenn auch die fällige Zinsrate zur selbständigen Forderung wird, so behält sie doch ihren Zinscharakter, ihre enge Beziehung zur Forderung selbst. „Nebenleistungen" im Sinne des § 1115 BGB. dagegen sind andere Leistungen als Zinsen, nämlich ungewöhnlichere, fernerstehende und nicht nach der Forderung selbst rechnerisch feststellbare Leistungen, wie Zinsen, Vertragsstrafen usw.

Der Zinsbeginn dagegen gehört zur Bezeichnung der Forderung selbst, denn er dient ihrer zeitlichen Begrenzung und gibt damit die Höhe der dinglichen Belastung überhaupt an. Ein zurückliegender Zinstermin ist daher nichts anderes als jeder andere zu verlautbaren.

Das Landgericht stimmt im Ergebnis dem Grundbuchamte bei und beruft sich auf OLG. 1, 201 f. Dort handelt es sich jedoch um die Eintragung von Zinseszinsen, also um einen ganz anderen Fall als hier.

Die Vorentscheidungen waren daher aufzuheben.

Beschluß des 1. Zivilsenats vom 26. April 1912, Y 15/12 (nach Gera).

7. **Unter welchen Voraussetzungen müssen die Gerichte dem Ersuchen des Vorstands einer Berufsgenossenschaft um Aktenübersendung entsprechen** (§ 144 GewUVersG., § 115 der Reichsversicherungsordnung).

Der Vorstand der Steinbruchsberufsgenossenschaft hatte das Amtsgericht in S. unter Berufung auf § 144 GewUVersG. ersucht, ihm Akten über die Leistung eines Offenbarungseides zu übersenden. Der aufsichtführende Amtsrichter verlangte, daß er sein Interesse nach § 299 ZPO. glaubhaft mache, und lehnte, als das verweigert wurde, das Ersuchen ab. Der Landgerichtspräsident trat dem bei. Auf Beschwerde wurde das Amtsgericht angewiesen, dem Ersuchen zu entsprechen aus folgenden Gründen:

Das Ersuchen der Berufsgenossenschaft um Uebersendung der Akten stützt sich nicht auf § 299 ZPO., sondern auf § 144 GewUVersG. Wenn § 299 ZPO. von Dritten (im Gegensatz zu den Parteien) spricht, so denkt er nicht an öffentliche Behörden. Diese brauchen, wenn sie Akten einsehen wollen, nicht erst ein rechtliches Interesse glaubhaft zu machen. Ihr Recht dazu folgt ohne weiteres aus der Verpflichtung der öffentlichen Behörden, sich gegenseitig bei Durchführung ihrer dienstlichen Obliegenheiten zu unterstützen. Diese Verpflichtung ergibt sich ganz naturgemäß für die Behörden ein und desselben Staates, die dieselbe Staatsgewalt vertreten und gemeinsam darauf bedacht sein müssen, die Ziele der Staatsgewalt zu fördern (vgl. den Beschluß des Kammergerichts vom 6. Oktober 1910 bei Johow 10, 7, das Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 6. September 1890 Entsch. 20, 448). Ob sie über den Rahmen des Einzelstaats hinaus nach der Reichsverfassung auch allgemein für die Behörden des Reichs und der Bundesstaaten gilt, auch soweit besondere Vorschriften sie nicht festsetzen (vgl. dazu Delius, Rechtshilfeverfahren [4] § 5 S. 82, 83 und den Beschluß des Reichsgerichts vom 2. Juni 1910, JW. 1901 S. 717), kann dahingestellt bleiben. Für das Gebiet der Unfallversicherung besteht jedenfalls in § 144 GewUVersG. eine besondere gesetzliche Anordnung. Danach haben die öffentlichen Behörden den im Vollzuge des Unfallversicherungsgesetzes an sie ergehenden Ersuchen des Reichsversicherungsamtes, anderer öffentlicher Behörden, sowie der Genossenschafts- und Sektionsvorstände und der Schiedsgerichte zu entsprechen. Wie den öffentlichen Behörden ist hier auch den Genossenschaftsvorständen das Recht eingeräumt, im Vollzuge des Gesetzes Ersuchen an öffentliche Behörden zu richten.

Es kann sich also nur fragen, ob das Ersuchen der Steinbruchsberufsgenossenschaft dem § 144 des Gesetzes entspricht. Das Ersuchen ist nicht vom Vorstand selbst gestellt, sondern vom stellvertretenden Geschäftsführer. Das hat kein Bedenken (vgl. § 11 der Bekanntmachung des Reichsversicherungsamts vom 18. September 1903, Handbuch der Unfallversicherung 3, 397). Dann bleibt nur zu prüfen übrig, ob das Ersuchen im Vollzug des Gesetzes ergangen ist. Zum Vollzuge des Gesetzes gehört alles, was zur Durchführung der darin geordneten Versicherung dienen soll. Der Begriff ist weit zu fassen (vgl. dazu Hanow RVO. § 115 Anm. 5 und 6; RVO. § 115 ist dem § 144 GewUVersG. nachgebildet). Nun liegt es auf der Hand, daß die Berufsgenossenschaft um die Akten ersucht, weil sie wegen eines Versicherungsfalls daran ein Interesse hat. Die einfache Bezugnahme auf § 144 des Gesetzes genügt, eine nähere Darlegung, weshalb sie die Akten einzusehen wünscht, ist nicht erforderlich.

Ueber die Beschwerde war im Aufsichtswege zu entscheiden, eine entsprechende Anwendung der §§ 157 ff. GVG. kommt hier nicht in Betracht (vgl. dazu Delius S. 94, 95).

Verfügung des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 18. Mai 1912, A 557/12.

8. Ueber die Zulässigkeit des Rechtswegs nach § 100 des Wassergesetzes für Reuß j. L. vom 6. April 1872.

Die beklagte Firma L. H. in Gera hat 1910 und 1911 einen Teil des Mühlgrabens dort überbaut. Die Kläger M. und O. behaupten, Eigentümer des Grabens zu sein, und haben auf Beseitigung der Ueberbauten, auf Unterlassung einer ferneren Störung ihres Eigentums und auf Ersatz alles Schadens geklagt, den sie durch die Ueberbauung des Mühlgrabens erlitten.

Die Beklagte hat die Unzulässigkeit des Rechtswegs eingewandt, weil sie zu den Ueberbauten die Erlaubnis der zuständigen Wasserpolizeibehörde, des Fürstlichen Landratsamts in Gera, erhalten habe. Zum Beweise hat sie sich auf die Bauerlaubnisscheine bezogen.

Das Landgericht hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs nach § 100 des Wassergesetzes für Reuß j. L. vom 6. April 1872 abgewiesen.

Auf die Berufung der Kläger hat der Senat das Urteil insoweit bestätigt, als die Klage die Beseitigung der Ueberbauten und die Enthaltung von fernerer Störung betrifft, im übrigen aber die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs verworfen.

Für die Klage auf Beseitigung der Ueberbauten und die Unterlassung fernerer Störung hat das Landgericht mit Recht nach § 100 des Wassergesetzes den Rechtsweg für unzulässig erklärt.

Das Wassergesetz ist auf den Geraer Mühlgraben anwendbar.

Denn das ergibt die Vorgeschichte des Gesetzes. Während nämlich die Regierungsvorlage (Landtagsverhandl. 1868—1871 A. Nr. 34 S. 234 § 7 Satz 2) ausdrücklich vorsah, der Mühlgraben solle ihm nicht unterfallen, hat der Gesetzgebungsausschuß des Landtags diese Bestimmung gestrichen, um den Mühlgraben als ein besonders wichtiges Gewässer dem Wassergesetz zu unterstellen (B. Nr. 23 S. 140). Die Regierung hat dieser Aenderung zwar zuerst widersprochen (C. Nr. 29 S. 198), der Landtag selbst sie aber angenommen (S. 199), und so ist sie Gesetz geworden. Danach haben die gesetzgebenden Organe den Mühlgraben dem Wassergesetz unterstellen wollen.

Damit im Einklang verweisen die §§ 3 und 13 der Mühlgrabenordnung selbst (Amts- und Verordnungsblatt 1873 S. 10) auf das Wassergesetz.

Nach § 100 des Wassergesetzes aber findet gegen eine von der zuständigen Behörde auf Grund dieses Gesetzes erteilte Erlaubnis die Betretung des Rechtswegs überhaupt nicht statt; dagegen bleibt den durch die Erlaubnis privatrechtlich Verletzten die Verfolgung ihrer Ansprüche auf Entschädigung im Rechtswege gegen die vorbehalten, zu deren Gunsten die Erlaubnis erteilt worden ist.

Diese Bestimmung kann — wohl im Gegensatz zu dem anders gefaßten § 3 des Weimarischen Wassergesetzes vom 16. Februar 1854 — nur bedeuten: Der Rechtsweg ist ausgeschlossen, wenn die Beseitigung einer wasserpolizeilich genehmigten Anlage begehrt wird, dagegen steht er frei für Ansprüche auf Entschädigung in Geld wegen Verletzung von Privatrechten. Denn eine Klage auf Beseitigung der wasserpolizeilich genehmigten Anlage greift tatsächlich die Erlaubnis der Wasserpolizei selbst an; für einen Angriff dieser Art aber verbietet § 100 Absatz 1 den ordentlichen Rechtsweg; er schließt daher eine Klage auf Beseitigung der wasserpolizeilich genehmigten Anlage aus. Wenn dagegen der § 100 Absatz 2 Entschädigungsansprüche dem Rechtswege vorbehält, so kann er darunter folgeweise nicht Ansprüche auf Wiederherstellung des früheren Zustands, wie § 249 BGB., verstehen, sondern nur Ansprüche auf Entschädigung in Geld.

Durch diese Regelung will das Gesetz unter möglichster Schonung der Privatrechte sachliche Konflikte zwischen Gerichts- und Verwaltungs-

behörden vermeiden und die Tätigkeit, die Verwaltungsbehörden im öffentlichen Interesse entfalten, nicht durch Verfahren der anderen Behörden beengen.

Der Beseitigungsanspruch kann auch nicht nach den §§ 9, 21 oder 29 des Wassergesetzes im Rechtswege verfolgt werden. Denn diese stehen als Einzelbestimmungen in einem besonderen Teil des Gesetzes, dem der vierte Abschnitt mit seinem § 100 als der allgemein verbindlichen Norm übergeordnet ist. § 100 gilt daher in allen Fällen und schließt auch für wohlerworbene Rechte den Rechtsweg aus, wenn das Urteil in eine Genehmigung der Wasserpolizeibehörde eingreifen würde.

Danach ist der Rechtsweg für den Beseitigungsanspruch hier ausgeschlossen, falls die Ueberbauten von der zuständigen Wasserpolizeibehörde, dem Fürstlichen Landratsamt in Gera, auf Grund des Wassergesetzes genehmigt worden sind. Das aber ist nach den Bauerlaubnisscheinen geschehen. Die Erlaubnis ist auf Grund des Wassergesetzes erteilt, weil sie nach § 10a der Mühlgrabenordnung (Nachtrag vom 24. Oktober 1885) notwendig gewesen und erteilt worden ist und diese Verordnung als eine Ergänzung des Wassergesetzes insofern ein Teil dieses Gesetzes selbst geworden ist.

Ob die Genehmigung zu Recht erteilt worden ist oder nicht, ist hier unerheblich. Denn eine Nachprüfung dieses Punktes würde hier wieder gegen § 100 Abs. 1 verstoßen.

Soweit die Kläger ferner die Unterlassung künftiger Störung begehren, meinen sie nach der eigenen Klagbegründung Störungen derselben Art, wie die strittigen Ueberbauten sie verursacht haben. Sie haben daher Ueberbauten im Auge, bei denen die Verhältnisse ebenso liegen, wie bei den strittigen, mithin Anlagen, die an sich die Genehmigung der Wasserpolizeibehörde gefunden haben; mit dieser Genehmigung hatten sie auch für die bisherigen Bauten an sich schon nach der Klage selbst gerechnet. Sind aber unter den ferneren Störungen nur wasserpolizeilich genehmigte Ueberbauten zu verstehen, so muß auch für den Unterlassungsanspruch hier nach § 100 Absatz 1 des Wassergesetzes der Rechtsweg ausgeschlossen sein.

Dagegen ist er für den Schadenersatzanspruch zulässig. Denn daß hier Schadenersatz in Geld begehrt wird, ergibt schon die Zusammenstellung mit dem Beseitigungsanspruch und der ausdrückliche Vorbehalt ziffernmäßiger Angabe des Schadens im Klagantrage selbst. Gerade diesen Geldanspruch aber behält § 100 Absatz 2 dem Rechtswege vor.

Daß er etwa unselbständig geltend gemacht worden ist, ist für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs unerheblich. Wollte man ihn deshalb abweisen, so würde das die unpraktische Folge haben, daß er in einer neuen Klage selbständig erhoben werden müßte, und alsdann wäre der Rechtsweg nach § 100 Absatz 2 unbedingt zulässig. War er bisher nur unselbständig, so würde er nunmehr selbständig.

Ob die Kläger mit Recht das Eigentum am Mühlgraben behaupten und welchen Charakter dieses Gewässer hat, ist hier nicht zu entscheiden, denn für die Zulässigkeit des Rechtswegs genügt es, daß ein Anspruch privatrechtlicher Natur erhoben ist, ohne daß § 100 Absatz 1 entgegensteht.

Urteil des 1. Zivilsenats vom 12. Juli 1912, U 94/12 (nach Gera).

9. Im Hauptprozeß kann über bestimmte Kostenbeträge entschieden werden, wenn die Hauptsache erledigt ist und die Parteien in Wirklichkeit nicht über die abstrakte Kostenpflicht, sondern nur über bestimmte Beträge streiten.

Die Beklagte hat im ersten Rechtsgang den Klaganspruch befriedigt und am 20. Juli 1911 der Klägerin die einzeln berechneten Prozeßkosten bezahlt bis auf 52 M. Gebühr und 10,40 M. Pauschsatz für den Hamburger Patentanwalt, der die Klage vorbereitet hatte. Die Klägerin hat deswegen den Rechtsstreit fortgesetzt und in erster Linie beantragt, der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits, in zweiter, ihr die Kosten abzüglich der am 20. Juli 1911 gezahlten 71,45 M. aufzuerlegen.

Das Landgericht hat nach dem zweiten Antrag erkannt. Dagegen wendet sich die sofortige Beschwerde; sie verlangt, daß der Antrag der Klägerin auf ein Kostenurteil abgewiesen und ihr die seit dem 20. Juli 1911 entstandenen Kosten auferlegt werden. Die Beschwerde ist begründet.

Unrichtig ist, daß erst und allein im Kostenfestsetzungsverfahren entschieden werden könne, ob die Annahme des Patentanwalts notwendig gewesen sei. Allerdings wird gewöhnlich im Prozeß selbst nur abstrakt über die Kostenpflicht entschieden, weil diese nur Anhängsel der Hauptsache ist und die Kostenbeträge noch nicht feststehen, sich vielmehr erst nach der Entscheidung in der Hauptsache richten, und im Kostenfestsetzungsverfahren werden dann die Beträge bestimmt. Die Folge davon ist, daß regelmäßig auch nur darin entschieden wird, ob ein einzelner Posten notwendig und darum erstattbar ist oder nicht.

Aber es gibt keine Vorschrift, die bestimmt, daß das nicht auch einmal außerhalb des Kostenfestsetzungsverfahrens entschieden werden kann. Tatsächlich geschieht es mitunter im Prozeß; so, wenn auf Grund eines besonderen Rechtsanspruchs die Kosten eines früheren Rechtsstreits gefordert werden oder die Kosten zur Vorbereitung eines Prozesses. Werden nach Erledigung der Hauptsache die Kosten später allein Streitgegenstand, so kann der Kläger den Anspruch darauf entweder abstrakt verfolgen und beantragen, dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, oder konkret, indem die einzeln berechneten Kostenbeträge fordert. Diese Wahl hat er aber dann nicht, wenn ohne Rechtsnachteil für ihn gleich über die einzelnen Beträge entschieden werden kann und der Beklagte das fordert, indem er einwendet, er habe alle Kosten bezahlt, die der Kläger ihm berechnet habe und die er für notwendig halte. Dann handelt es sich für den Kläger in Wirklichkeit um bestimmte Beträge, nicht mehr darum, daß die Kostenpflicht abstrakt festgestellt wird.

Die Klägerin hatte eine Kostenrechnung aufgestellt und der Beklagten zugeschickt. Diese hat sie bis auf zwei Beträge bezahlt. Daher ging nur um diese in Wahrheit der Streit.

Die Klägerin hat im Prozeß zwar nicht über die konkreten Kosten entschieden haben wollen, sondern darüber hinausgehend formal eine abstrakte Entscheidung über die Kostenpflicht verlangt. Sie meint, als Prozeßpartei habe sie ohne weiteres einen Anspruch darauf; es sei nicht weiter zu fragen, ob sie denn auch ein Interesse daran habe, daß zunächst abstrakt über die Kostenpflicht und nicht, wie die Beklagte will, gleich konkret über die einzelnen Posten entschieden würde. Das Landgericht tritt ihr darin bei und führt weiter aus, die abstrakte Kostenentscheidung sei auch notwendig, um die Kostenpflicht zwischen der Staatskasse und den Parteien zu regeln. Beides ist nicht richtig. Allerdings hat das Gericht nach § 308 Abs. 2 ZPO. auch ohne Antrag zu erkennen über die Verpflichtung die Prozeßkosten zu tragen, und Gaupp-Stein (ZPO. Anm. II zu § 308) meint, das sei bestimmt, weil es sich nicht nur um das Parteiinteresse, sondern auch um ein fiskalisches Interesse handele. Aber diese Auffassung ist abzulehnen. Wäre sie richtig, so müßte auch in allen den Fällen eine Kostenentscheidung ergehen, in denen die Hauptsache nicht zum Abschluß kommt. Auch die vorläufige Vollstreckbarkeit ist in bestimmten Fällen ohne Antrag auszusprechen und doch liegt da kein öffentliches Interesse vor. Die Staatskasse hat auch ohne die Kostenentscheidung ihren Schuldner (§ 89 GKG.) und ist durch Vorschüsse sichergestellt. § 86

GKG. schreibt nur aus Zweckmäßigkeitsgründen vor, daß, wenn einmal eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits ergangen ist, sie auch maßgebend sein soll für die Kostenpflicht dem Staate gegenüber. Also ist allein das Parteiinteresse der Grund für die Kostenentscheidung. In der Regel liegt ein solches Interesse vor; deshalb wird es vom Gesetz präsumiert: es soll nicht besonders geltend gemacht zu werden brauchen, auch ohne Antrag erkennt das Gericht über die Kosten. Aber daraus folgt nicht, daß die Entscheidung zu geben wäre ohne Prüfung, ob ein Parteiinteresse daran besteht. Das Gericht kann keine Entscheidung geben, die für den, der sie verlangt, kein Interesse hat und nur die andere Partei mit Kosten belastet. So kann es auch nicht abstrakt über die Kosten entscheiden, wenn die Kosten nicht mehr Anhängsel der Hauptsache, sondern nach ihrer Erledigung selbst Streitgegenstand geworden sind, wenn die siegende Partei ihre Rechnung aufgestellt hat und die unterlegene nur bestimmte Beträge bestreitet, sie darf, muß vielleicht sogar einwenden, sie habe einzelne berechnete Beträge bezahlt (vgl. RG. 62, 188), sie darf auch einwenden, andere zu bezahlen sei sie nicht verpflichtet. Dieser Einwand darf ihr nicht im Prozeß abgeschnitten werden.

Für den obsiegenden Teil hat die Kostenfestsetzung im Festsetzungsverfahren vor der im Urteil den Vorzug, daß sie auch später noch Beträge berechnen kann, die im Laufe des Prozesses noch nicht berücksichtigt worden sind, vielleicht auch damals nicht berücksichtigt werden konnten. Wo deshalb Nachforderungen in Frage kommen können, da hat der obsiegende Teil ein Interesse an dem abstrakten Kostenurteil, das ihm ermöglicht, das Festsetzungsverfahren einzuleiten. Aber im vorliegenden Rechtsstreit ist das nicht der Fall. Die Kosten sind abgerechnet auf Grund des Beschlusses, wodurch der Wert des Streitgegenstandes festgestellt worden ist, und die Klägerin behauptet selbst nicht, möglicherweise sei nicht alles berechnet. Nachdem die Beklagte vorgeschützt hatte, von den berechneten Kosten habe sie 71,45 M. bezahlt, die weiter berechneten 62,40 M. habe sie nicht zu erstatten, mußte die Klägerin nachweisen, daß sie ein besonderes Interesse an einem vollstreckbaren Kostenurteil habe, daß sie noch mehr zu fordern habe. Auch die Gerichtskosten hat sie von der Beklagten beigezogen nach Maßgabe des Beschlusses, durch den der Wert des Streitgegenstandes festgestellt worden ist; die Staatskasse würde sich also mit Recht an sie halten, wenn die Vorschüsse zu gering bemessen waren.

Aus diesen Gründen kann der Klägerin nicht das von ihr erbetene Urteil gegeben werden, der Beklagten die Kosten aufzuerlegen. Es

handelt sich nur noch um die Gebühr und den Pauschsatz für den Hamburger Patentanwalt, also um zwei ganz bestimmte Beträge. Die Klägerin hat ein Rechtsschutzbedürfnis nur, soweit sie diese verlangt. Nur darüber ist also zu entscheiden.

Die Entscheidung muß zu Ungunsten der Klägerin ausfallen. Der Sachverhalt, wie er der Klage zugrunde lag, war ganz einfach: Für die Klägerin ist seit 1903 ein Warenzeichen eingetragen, das als wesentlichen Bestandteil das Wort „Tet" enthält. Der Beklagten ist im Jahre 1909 das Wort „Tete" geschützt. Die Klägerin verlangte die Löschung dieses Zeichens, soweit es für dieselben Waren eingetragen war wie ihr Zeichen. Zur Einleitung dieser Klage konnte sie ihren Prozeßbevollmächtigten selbst schriftlich alle Unterlagen geben. Die Kosten, die dadurch entstanden sind, daß sie sich dazu eines Patentanwalts bedient hat, braucht die Beklagte nicht zu tragen.

Die Beklagte hat also am 20. Juli 1911 alle Kosten bezahlt, die sie zu tragen hat. Die Klägerin hat keinen Erstattungsanspruch mehr. Es geht nicht an, ihr trotzdem ein Kostenurteil zu geben, das der wirklichen Rechtslage nicht entspricht, und erst im Kostenfestsetzungsverfahren auszusprechen, daß sie schon längst befriedigt sei. Dadurch würde die Beklagte, obwohl sie die Klägerin voll befriedigt hat, noch mit den Kosten des Kostenurteils belastet werden, abgesehen von der zwecklosen Umständlichkeit, die nicht im Sinne der Zivilprozeßordnung liegt. Die Klage muß vielmehr gleich abgewiesen werden.

Allerdings entscheidet hiernach über die Berechtigung des Kostenansatzes sofort der Richter und nicht, wie im Festsetzungsverfahren, zunächst der Gerichtsschreiber. Aber daraus kann kein Bedenken hergeleitet werden. Denn der Gerichtsschreiber bildet nicht etwa eine Instanz unter dem Richter; er gibt nur einen Vorbescheid, der die richterliche Entscheidung ersetzt, wenn sich die Parteien damit begnügen.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 26. Juni 1912, W 67/12 (nach Gera).

---

2. Strafrecht und Strafverfahren.

1. Dürfen Anhänger einer politischen Partei einen Angriff gegen diese in beleidigender Weise abwehren (§ 193 StGB.).

Das Landgericht findet in dem Artikel, den der Angeklagte im S. Volksblatt vom 26. April 1911 veröffentlicht hat, ohne Rechtsirrtum eine Beleidigung nach § 186 StGB. Allerdings will es auch

jetzt noch scheinen, daß es den Artikel mehr im Zusammenhang hätte beurteilen können. Doch hat die Rüge der Revision, die hier anknüpft, ihre Bedeutung nur für die Frage, ob der Angeklagte zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gehandelt hat. Und dabei geht das Landgericht auf den Zusammenhang mit den Angriffen, die der Privatkläger vorher in der öffentlichen Wahlversammlung in W. gegen die Sozialdemokratie (besonders gegen deren „Arbeiterfreundlichkeit") gerichtet haben soll, ein, prüft den Einwand des Angeklagten, daß er zur Abwehr dieser Angriffe gehandelt habe. Mit Recht findet es im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß sich der Angeklagte auf ein berechtigtes Interesse nicht berufen kann. Er kann nur behaupten, daß der Privatkläger die sozialdemokratische Partei angegriffen habe, nicht auch, daß sich sein Angriff auch gerade gegen ihn als Anhänger dieser Partei persönlich gerichtet habe. Dann hatte er aber kein eigenes Interesse, und das Interesse der sozialdemokratischen Partei zu schützen, war er nicht berufen. Er ist als sozialdemokratischer Zeitungsredakteur nicht Vertreter dieser Partei und als persönlicher überzeugter Anhänger der Sozialdemokratie darf er diese zwar gegen andere in Schutz nehmen, aber nicht in der Weise, daß er diese anderen beleidigt (vgl. hierzu RGRspr. 8, 714; RGSt. 23, 285, 422; 24, 223; 25, 68).

Urteil des 1. Strafsenats vom 4. Mai 1912, V 12/12 (nach Meiningen).

2. Grenzen der richterlichen Gewalt im vorbereitenden Strafverfahren.

Der Gerichtsassessor A. fuhr am 7. Oktober 1907 in dem Zuge, von dem auf dem Bahnhofe in Oeslau ein Mann beim Einsteigen überfahren wurde. Als der Tod festgestellt war, forderte der Bahnhofsverwalter die Reisenden, die die Unfallstelle besehen hatten, auf, wieder einzusteigen, damit der Zug abfahren könne. Dem widersprach nach der Anzeige A. unter Berufung auf sein Amt als zuständiger Richter — Oeslau liegt im Amtsbezirk A.s — kraft dessen er zunächst Erhebungen über die Schuld an dem Unglücke vornehmen wollte (StrPO. § 163). Auf die Gegenvorstellung des Verwalters erklärte er: „er gebe den Befehl, den Zug nicht abfahren zu lassen; der Zug fahre nicht eher, bis er seine Genehmigung gegeben habe". Der Bahnhofsverwalter ließ infolge dessen den Zug nicht abfahren. Dieser blieb vielmehr in Oeslau so lange, bis A. seine Erörterungen beendigt hatte, die den Verdacht einer strafbaren Handlung nicht ergeben haben.

Im Abschnitt VI der Eisenbahn-, Bau- und Betriebsordnung vom 3. November 1904 findet sich unter den „Bestimmungen für das Publikum" das Verbot der Vornahme betriebsstörender Handlungen, dessen Uebertretung mit Geldstrafe bedroht ist (§§ 80, 82). Der Amtsanwalt und sodann die Staatsanwaltschaft in Meiningen haben die Verfolgung A.s wegen dieser Uebertretung abgelehnt, die Staatsanwaltschaft mit der Begründung, daß nur die unbefugte Vornahme betriebsstörender Handlungen strafbar sei, der Richter aber im Falle des § 163 StrPO. das Recht habe, einen Zug aufzuhalten, wenn ihm dies nach seinem pflichtmäßigen Ermessen notwendig erscheine.

Diese Auffassung bekämpft der rechtzeitig und in gehöriger Form gestellte Antrag der Eisenbahndirektion auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 170 StrPO. Und in der Tat läßt sich ein Recht des Richters, einen Eisenbahnzug von der Abfahrt abzuhalten, nicht anerkennen. Daß der Richter nicht nur durch eigenen Eingriff in den Eisenbahnbetrieb den Zug aufhalten darf, etwa indem er durch seine Organe die Ingangsetzung der Lokomotive verhindern oder das Signal auf „Halt" stellen läßt, ist so selbstverständlich, daß es keiner Begründung bedarf. Um einen eigenen Eingriff A.s handelt es sich im vorliegenden Fall auch nicht. Die Frage ist vielmehr die, ob der Richter bei Vornahme von Untersuchungshandlungen eine Anordnung an den für die Erteilung der Abfahrtserlaubnis zuständigen Beamten erlassen darf, daß der Zug nicht oder eine Zeitlang nicht abfahre, mit der Wirkung, daß dieser sie befolgen muß. Diese Frage ist nicht mit dem zutreffenden Hinweis darauf erledigt, daß nach der staatsrechtlichen Auffassung der Behördenorganisation, die der Strafprozeßordnung zugrunde liegt, der Richter nicht in einem Vorgesetztenverhältnis zu Beamten stehe, die anderen Behörden angehören als der Justiz und die noch dazu Behörden eines anderen Staates (Preußen) als desjenigen angehören, in dessen Diensten er selbst stehe (Coburg-Gotha). Denn nicht um einen Ausfluß des Unterordnungsverhältnisses handelt es sich bei der gestellten Frage, sondern um die Kraft richterlicher Anordnungen, mögen sie an Privatpersonen in der Form des Befehls oder an koordinierte Behörden im Wege des Ersuchens gelangen.

§ 163 StrPO., auf den sich die Staatsanwaltschaft stützt, sagt nichts über den Umfang der richterlichen Befugnis zu bindenden Anordnungen, sondern legt dem Amtsrichter nur die Pflicht auf, bei Gefahr im Verzuge ohne Antrag der Staatsanwaltschaft die erforderlichen Untersuchungsverhandlungen von Amts wegen vorzunehmen. Fragt man sich, welche bindende Anordnungen der Richter im Falle

des § 163 und auch sonst im Bereiche der Bewegungsfreiheit eines Dritten treffen darf, so zählt sie die Strafprozeßordnung nicht im Zusammenhange einzeln auf, sie behandelt aber die verschiedenen zulässigen Maßnahmen an der passenden Stelle (1. Buch, 2. Buch, 8. Abschnitt). Nach der Regelung dieser Materie in der StrPO. kann jedenfalls nicht davon die Rede sein, daß der Richter das Recht habe, jede wie auch immer geartete Maßregel zu treffen, die ihm nach pflichtmäßigem Ermessen zur Erreichung eines Zieles, das er sich gesteckt hat, zweckdienlich erscheint. Die Rechtspflege kann auskommen auch ohne so weitgehende Eingriffe in die Rechtssphäre Dritter. Wohl kann der Richter Zeugen und Sachverständige vorladen, der Tat Verdächtige verhaften, Räume durchsuchen, Sachen beschlagnahmen, ja das Vermögen des Abwesenden mit Beschlag belegen, aber er kann schon dem Privatmann z. B. nicht befehlen, von dem Orte, wo er sich befindet, nicht abzureisen oder sich nicht von einer bestimmten Stelle (z. B. aus seiner Wohnung) fortzubewegen. Eine Folgepflicht gegenüber einer solchen richterlichen Anordnung besteht nicht. Eine Ausnahmevorschrift enthält § 162 StrPO.: zur Durchführung einer Amtshandlung an Ort und Stelle ist der leitende Beamte, hier der Richter, befugt, Personen, welche seine amtliche Tätigkeit vorsätzlich stören oder sich den von ihm innerhalb seiner Zuständigkeit getroffenen Anordnungen widersetzen, festnehmen und bis zur Beendigung seiner Amtsverrichtungen festhalten zu lassen. Die Vorschrift bezweckt, wie die Motive sagen, die Aufrechterhaltung der Ordnung bei Untersuchungshandlungen außerhalb der Gerichtsstelle, sie geht aber darüber hinaus, wie auch in der Reichstagskommission — die übrigens die Zufügung der Worte „amtliche" und „innerhalb seiner Zuständigkeit" veranlaßt hat (H a h n 728) — zum Ausdruck gekommen ist. Der Richter soll auch Anordnungen erlassen können gegen Personen, deren Verhalten die Durchführung seiner Amtshandlung an Ort und Stelle unmöglich macht. Er kann also z. B. einem Kutscher befehlen eine Zeitlang mit seinem Geschirr anzuhalten, wenn dessen Weiterfahren seine Augenscheinseinnahme unmöglich macht. Damit aber sind die Fälle erschöpft, in denen der Richter bindende Anordnungen an Privatpersonen des Inhalts, daß deren Bewegungsfreiheit beeinflußt wird, erlassen kann.

Noch enger begrenzt ist die Stellung des Richters gegenüber Behörden. Hier ist er auf Ersuchen angewiesen, bezüglich deren Befolgung in der Strafprozeßordnung g r u n d s ä t z l i c h nichts bestimmt ist. Daß die Verfügungen des Richters, die Verhaftungen, Beschlag-

nahmen, Durchsuchungen (siehe jedoch § 96 StrPO. und Löwe-Hellweg, StrPO. Noten 6—8 dazu) zum Gegenstand haben, auch in dem Machtbereich fremder Behörden wirken sollen — freilich mit Einschränkungen für Militärbehörden — ist der Strafprozeßordnung unmittelbar zu entnehmen. Es bedurfte auch keiner reichsrechtlichen Erlaubnisvorschrift — Betriebsordnung § 78 —, um den Richter zu ermächtigen, Augenscheinseinnahmen auf Eisenbahnanlagen und dergleichen vorzunehmen. Im übrigen aber kann er bindende Anordnungen, die in den Geschäftsbetrieb der Behörde eingreifen, nicht treffen. Der Grund liegt eben darin, daß die Justizbehörden nicht über, sondern neben den sonstigen Staatsbehörden stehen. Wären die Ersuchen des Richters Befehle für die Beamten, an die sie sich wenden, so würden diese in einen unlöslichen Konflikt versetzt, zwischen der Pflicht, den dienstlichen Anweisungen des Vorgesetzten gehorsam zu sein, und der Pflicht, dem Ersuchen des Richters nachzukommen, falls zwischen dem letzteren und den dienstlichen Anweisungen ein Widerspruch bestehen sollte. Eine Gefahr für die Rechtspflege ist aus dieser Ordnung nicht herzuleiten, denn die ersuchten Behörden sind in gleicher Weise wie die Justizbehörden an der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung interessiert. Gegen unverständige Weigerung verlangter Unterstützung bietet das Beschwerderecht hinreichende Garantie.

Der Befehl des Gerichtsassessors A. war deshalb materiell nicht mehr als ein Ersuchen, über dessen Gewährung der Bahnhofsverwalter frei zu entscheiden hatte. Daraus ergibt sich, daß A. sich durch den Erlaß des Befehls nicht strafbar gemacht hat.

Die betriebsstörende Handlung wird in dem Aufhalten des Zuges gesehen. Aufgehalten ist der Zug von dem Bahnhofsverwalter, der es unterließ, die Erlaubnis zur Abfahrt zu geben. Dieser ist der physische Urheber der Tat. Als der für die Erteilung der Erlaubnis zuständige Beamte kann er eine Betriebsstörung nicht vornehmen. Da eine strafbare Handlung seinerseits nicht vorliegt, ist auch A., der ihn zu seinem Tun unter Anmaßung eines Rechts zu bindenden Anordnungen angestiftet haben soll, nicht strafbar (§ 48 StrGB.), ganz abgesehen davon, daß auf seiten A.s der subjektive Tatbestand nicht vorliegt.

Der Gesichtspunkt einer mittelbaren Täterschaft A.s trifft nicht zu. Denn weder liegt der Fall so, daß A. den Bahnhofsverwalter als sein gutgläubiges Werkzeug benutzt hat, noch so, daß der Bahnhofsverwalter bewußt rechtswidrig gehandelt, aber des selbständigen Täterwillens entbehrt hat (RG. 31, 81). A. hat die Handlung nicht als seine durch Benutzung des Bahnhofsverwalters ausgeführt, er hat

sie vielmehr von jenem als Handlung des Betriebsbeamten verlangt und so ist sie auch ausgeführt worden.

Beschluß des Straffenats vom 9. März 1908, W 25/08 (nach Meiningen).

3. **Eine Ortsgruppe eines Vereins kann ein Verein für sich sein. — Freiwilligkeit des Zusammenschlusses zum Verein.**

Das Landgericht hat festgestellt, daß die Ortsgruppe M. des sozialdemokratischen Kreiswahlvereins des zweiten weimarischen Wahlkreises, deren Vorstandsmitglieder die Angeklagten sind, ein besonderer Verein neben dem Hauptverein ist. Ob eine Ortsgruppe nur ein Glied des Hauptvereins ist oder ob sie sich auch zu einem besonderen Verein zusammengeschlossen hat, ist Tatfrage. Es kommt darauf an, ob sie ihre Tätigkeit innerhalb des Rahmens, den die Satzung des Hauptvereins zieht, lediglich für den Hauptverein als dessen abhängiges Glied entfaltet, oder ob sie darüber hinaus ein eigenes Vereinsleben entwickelt, den Zweck des Hauptvereins (oder auch noch andere Zwecke) auch in selbständiger Weise — nicht nur in Abhängigkeit vom Hauptverein — verfolgt (siehe den Kommissionsbericht, Verhandlungen des Reichstags Bd. 246 Anlagen S. 4841; Stier-Somlo, Reichsvereinsgesetz S. 50, 99, 100; RGStr. 22, 337; PrOVerwG. 39, 435ff.; KGJ. 25, 25; 30, 26). Das Landgericht sagt nun, daß die Ortsgruppe M. den allgemeinen Vereinszweck (des Hauptvereins) in örtlich abgeschlossener Wirksamkeit zu fördern habe und damit ein eigenes Vereinsleben entfalte. Es folgert das besonders daraus, daß der Vorstand der Ortsgruppe regelmäßig im Monat eine Versammlung einberuft und dabei auch Gemeindeangelegenheiten von M. (Gemeindewahlen) besprechen läßt. Das sind tatsächliche Erwägungen, bei denen sich das Landgericht der richtigen rechtlichen Grundlage, von der es auszugehen hatte, bewußt gewesen ist. Es prüft erkennbar die Tätigkeit der Ortsgruppe unter den vorn angegebenen Gesichtspunkten und kommt zu dem Schluß, daß sie sich als besonderer Verein betätigt. An diese Feststellung, die ohne Rechtsirrtum gewonnen ist, ist der Senat gebunden.

Auch im übrigen weist das Urteil keinen Rechtsirrtum auf, wenn es die einzelnen Merkmale eines Vereins (freiwilliger Zusammenschluß mehrerer physischer Personen zu einem gemeinschaftlichen erlaubten Zwecke unter einheitlicher Führung auf längere Zeit) bei der Ortsgruppe verwirklicht findet. Zweifel können nur bestehen, — und das greift

auch die Revision besonders heraus — ob sich die Ortsgruppe als Verein freiwillig zusammengeschlossen hat. Die Satzung des sozialdemokratischen Kreiswahlvereins schreibt nämlich vor: „Jeder Parteigenosse hat die Pflicht, sich diesem Verein als Mitglied anzuschließen. Sobald in einem Orte mehr als 10 organisierte Genossen vorhanden sind, bilden diese eine Ortsgruppe. Sind weniger als 10 organisierte Genossen vorhanden, so melden sich diese entweder dem Kreisvereinsvorstande oder der nächsten Ortsgruppe an." Danach haben sich die Vereinsmitglieder an Orten, wo ihre Zahl 10 übersteigt, zu einer Ortsgruppe zusammenzuschließen. Die Ortsgruppen entstehen nicht ohne weiteres, sobald die Zahl der Genossen 10 übersteigt, es ist vielmehr ein Zusammentreten zur Ortsgruppe erforderlich. Das ergibt der Zusammenhang der drei Sätze. Es ist also immer ein eigener Entschluß der beteiligten Vereinsmitglieder nötig, wenn auch der Grund zum Zusammenschluß zur Ortsgruppe die mitgeteilte Satzungsbestimmung ist. Die Bildung der Ortsgruppe hängt davon ab, ob die Vereinsmitglieder dieser Satzungsbestimmung Folge leisten. Ob sie das tun wollen, ist ihr freier Entschluß, erst wenn sie sich zusammenschließen, entsteht die Ortsgruppe (vgl. hierzu RGStr. 18, 173, 174; Kammergericht in GoldtArch. 43, 283; BayrObLG. vom 8. März 1902, EntschStr. 2, 285 — abweichend in einer früheren Entscheidung vom 5. Juli 1900, vgl. v. Sartor, VereinsG. S. 23). Die Revision weist in diesem Zusammenhange auch noch darauf hin, daß die Ortsgruppe sich auch nicht aus eigener Entschließung auflösen könne. Aber auch das ist nicht der Fall. Wie es freier Wille der Vereinsmitglieder ist, ob sie sich zur Ortsgruppe zusammenschließen wollen, so steht es auch bei ihnen, wie lange sie als Ortsgruppe bestehen bleiben wollen. Ebenso liegt es in ihrer freien Entschließung, ob sie, wenn sie, wie in M., in der Ortsgruppe ein eigenes Vereinsleben entwickeln, dieses wieder aufgeben und lediglich als vom Hauptverein abhängiges Glied bestehen bleiben wollen. Auch damit können sie der Ortsgruppe als selbständigem Verein ganz aus eigenem Entschluß ein Ende machen.

Hat sonach das Landgericht die Ortsgruppe M. mit Recht als besonderen Verein angesehen, so waren die Angeklagten als Vorstandsmitglieder dieses Vereins, der eine Einwirkung auf politische Angelegenheiten bezweckt, verpflichtet, die Satzung und das Verzeichnis der Vorstandsmitglieder der Polizeibehörde einzureichen. Sie sind also mit Recht bestraft worden.

Urteil des 1. Strafsenats vom 27. April 1912, S 35/12 (nach Eisenach).

4. **Urteile in Beleidigungssachen müssen sich über Inhalt und Tragweite der beleidigenden Aeußerungen genau aussprechen. — Wahrung berechtigter Interessen. — Kostenentscheidung, wenn beide Parteien Rechtsmittel ganz oder teilweise erfolglos eingelegt haben.**

Das Landgericht hat ohne Rechtsirrtum in dem Artikel des Angeklagten eine Beleidigung des Privatklägers und seiner Frau nach § 186 StrGB. gefunden. Es spricht sich zwar — abgesehen von der Behauptung, daß dem Hunde das Fressen in dem Kochgeschirr für die Gesellen vorgesetzt werde — nicht näher darüber aus, ob die beleidigenden Behauptungen auf den Privatkläger und seine Frau oder nur auf diese gehen. Aber es meint wohl, wie seine Erörterung über die Fütterung des Hundes zeigt, daß sich die Behauptungen gegen beide richten, daß beiden Mißwirtschaft vorgeworfen wird oder daß dem Privatkläger doch, soweit sich die Angriffe zunächst mit Handlungen der Frau beschäftigen, Duldung der Mißstände zum Vorwurf gemacht wird. Selbst wenn aber nach seiner Ansicht die Behauptungen über die Kost und das Wecken der Gesellen nur auf die Frau zielten, so konnte sie jedenfalls der Privatkläger mit verfolgen (§ 195 StrGB., § 414 Abs. 2 StrPO.), und es bleibt dann insoweit immer eine Beleidigung der Frau nach § 186 StrGB. bestehen. Der Angeklagte ist deshalb, mag das Landgericht nun in allem eine Beleidigung beider Ehegatten annehmen oder teilweise nur Beleidigung der Frau, durch die Anwendung des § 186 nicht beschwert. In jedem Fall ist § 186 mit Recht angewandt.

Das gilt auch insofern, als das Landgericht in dem Artikel tatsächliche Behauptungen erblickt, nicht allgemeine Urteile. Die Ausführungen, daß der Wahrheitsbeweis nicht geführt sei, sind ebenfalls frei von Rechtsirrtum. Das Landgericht sagt, die Behauptungen des Angeklagten gehen inhaltlich weiter, als das, was er bewiesen hat, sind also unbewiesen.

Ebenso sind die Ausführungen des Landgerichts, daß der Angeklagte keine berechtigten Interessen wahrgenommen habe, rechtlich einwandfrei. Er hatte vor dem Berufungsgericht nur behauptet, er habe mit dem Artikel die Mißstände in der Bäckerei des Privatklägers im Interesse des Publikums besprochen. Wenn er jetzt in der Revisionsbegründung andere Zwecke anführt, die er verfolgt haben will, so kann er damit nicht mehr gehört werden. Das Revisionsgericht hat nur zu prüfen, ob das Landgericht den Fall, so wie er ihm vor-

lag, rechtlich richtig beurteilt hat. Uebrigens ist doch kaum anzunehmen, daß der Angeklagte, der in Erfurt wohnt, regelmäßig das Volkshaus in Weimar besucht. Und hätte er sich wirklich durch den Ausspruch des Privatklägers über die Besucher des Volkshauses getroffen gefühlt, so würde ihn das doch nicht berechtigt haben, über die Zustände in der Bäckerei des Privatklägers beleidigende Behauptungen aufzustellen. Insoweit würde doch jeder Zusammenhang fehlen.

Die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts gibt insofern zu Bedenken Anlaß, als sie zwischen den Kosten der Berufung des Privatklägers und der des Angeklagten scheidet. Sie schließt sich damit zwar dem Wortlaut des § 505 StrPO. an, birgt aber doch Schwierigkeiten für die Kostenberechnung in sich, weil für das ganze Verfahren im zweiten Rechtsgang eine einheitliche Gebühr erhoben wird, nicht für jede Berufung eine selbständige (§ 70 GKG.). Da die StrPO. erlassen wurde, bevor man wußte, ob es zu einem Reichsgerichtskostengesetz kommen und wie es lauten würde, sind ihre Bestimmungen zum Teil nicht der Technik des Gerichtskostengesetzes angepaßt. Man darf sich deshalb nicht ganz wörtlich nach ihnen richten, sondern muß die von ihnen vorgeschriebenen Kostenentscheidungen so fassen, daß sich die Kosten nach dem Gerichtskostengesetz berechnen und verteilen lassen. Danach mußte die Kostenentscheidung für den zweiten Rechtsgang einheitlich getroffen und die Kosten mußten nach einer einheitlichen Quote verteilt werden. Aus der Kostenentscheidung des Landgerichts ergibt sich, daß der Angeklagte, da die beiden Rechtsmittel jedenfalls gleich zu bewerten sind, zunächst die Hälfte der Kosten des zweiten Rechtsgangs (die Kosten seiner Berufung) tragen soll und von der andern Hälfte noch $^1/_3$ ($^1/_3$ der Kosten der Berufung des Privatklägers). Die Kostenentscheidung bedeutet also, daß der Angeklagte $^2/_3$, der Privatkläger $^1/_3$ der Kosten des zweiten Rechtsgangs tragen soll. So hat sie der Senat der Klarheit halber gefaßt.

Urteil des 1. Strafsenats vom 15. Juni 1912, Y 14/12 (nach Weimar).

5. Die Gebühr des § 67 RAGebO. steht auch dem Verteidiger zu, der im Zwischenverfahren nach § 199 StPO. für den Angeschuldigten tätig wird.

Die Gebühr des § 67 RAGebO. verdient der Verteidiger dann, wenn er die Rechte des Beschuldigten im Vorverfahren wahrnimmt. Zum Vorverfahren gehört auch der Prozeßabschnitt zwischen der Erhebung der öffentlichen Klage und der Eröffnung des Haupt-

verfahrens, das Zwischenverfahren des § 199 StPO. Die Grenze zwischen Vor- und Hauptverfahren bildet der Eröffnungsbeschluß (§ 201 StPO.), erst mit ihm beginnt das Hauptverfahren (vgl. § 250 Abs. 2 StPO.).

Folgerichtig ist die Gebühr des § 67 RAGebO. auch dem Verteidiger zuzusprechen, der nicht schon in dem vorbereitenden Verfahren oder in der Voruntersuchung, sondern erst in dem Zwischenverfahren des § 199 StPO. für den Angeschuldigten tätig geworden ist.

Das ist die in der Rechtsprechung herrschende Meinung, die auch der Strafsenat des Oberlandesgerichts in Jena von jeher vertreten und in den Beschlüssen vom 12. April 1887 und 4. November 1890 überzeugend begründet hat (Thür. Bl. 35, 178 ff., 38, 66 ff.).

An ihr ist festzuhalten.

Nicht erforderlich ist, daß die Tätigkeit des Verteidigers in dem Zwischenverfahren nach außen hervorgetreten ist. Entscheidend ist daher auch nicht, ob er in diesem Abschnitt Beweis- oder sonstige Anträge beim Gericht gestellt hat. Schon die Durchsicht der Strafakten und die Besprechung mit dem Angeschuldigten kann eine dem Vorverfahren angehörige Tätigkeit sein und wird es meist sein. Freilich wird sie regelmäßig auch dazu dienen, die Verteidigung in der Hauptverhandlung vorzubereiten. Das schließt aber nicht aus, sie dem Vorverfahren anzurechnen. In dieses fällt sie dann, wenn sich der Verteidiger durch das Aktenstudien usw. darüber schlüssig machen will, ob er Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens zu erheben oder Beweisanträge nach § 199 StPO. zu stellen hat. Gerade deshalb wird er ja nach § 140 Abs. 3 StPO. schon in dem Zwischenverfahren bestellt.

Wie die Niederschrift vom 31. Januar 1912 in den Handakten ergibt, ist der Beschwerdeführer in diesem Sinn tätig geworden.

Entscheidung des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 25. Mai 1912, A 578/12 (nach Gera).

6. Ein noch nicht geborenes Kind ist Gläubiger nach § 288 StGB., soweit es sich um seine Ansprüche nach § 1716 BGB. handelt.

Der Angeklagte ist nach § 288 StGB. verurteilt worden, weil er Waren beiseite geschafft habe, um die Befriedigung des von ihm erzeugten, damals noch nicht geborenen unehelichen Kindes K. M. wegen dessen Unterhaltsanspruchs zu vereiteln, und zwar soll ihm die Zwangsvollstreckung wegen des Anspruchs auf Unterhalt für die ersten 3 Monate

nach der Geburt gedroht haben, der nach § 1716 BGB. in gewissem Umfange schon vor der Geburt geltend gemacht werden kann.

Die Revision rügt, es fehle an einem Gläubiger, dessen Befriedigung habe vereitelt werden sollen, das noch nicht geborene Kind habe noch keine Rechte und sei kein Gläubiger. Sie beruft sich auf das Urteil des Reichsgerichts vom 10. Januar 1911 (44, 251 ff.), in dem allerdings diese Auffassung vertreten wird. Der Senat kann sie aber nicht teilen.

Wenn auch vor der Geburt ein rechtsfähiger Mensch nicht vorhanden ist (§ 1 BGB.) und der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes (§ 1708 BGB.) erst mit der Vollendung der Geburt entsteht, so ist das noch nicht geborene Kind in § 1716 BGB. doch für den dort gegebenen Anspruch als Rechtsträger anerkannt. Das Reichsgericht meint, § 1716 räume nur der Mutter das Recht ein, die dort vorgesehenen Anordnungen durch einstweilige Verfügung zu beantragen, rede aber nicht davon, daß sie Unterhaltsrechte als Stellvertreterin des noch ungeborenen Kindes geltend machen dürfe (S. 254). Ob es sich im § 1716 BGB. schon um einen Unterhaltsanspruch handelt, kann dahingestellt bleiben (vgl. Opet und von Blume Familienrecht, § 1716 Anm. 5a), jedenfalls berechtigt § 1716 wegen des möglicherweise entstehenden Unterhaltsanspruchs zu einer besonderen einstweiligen Verfügung, bei der nur der „Anspruch" selbst (der möglicherweise entstehende Anspruch auf Unterhalt), nicht dessen Gefährdung glaubhaft zu machen ist, gibt, noch ehe das Kind geboren ist, einen Anspruch darauf, daß der Unterhalt für die ersten drei Monate hinterlegt wird. Wer diesen Anspruch hat, kann zweifelhaft sein, als Gläubiger können aber nur die Mutter oder das noch nicht geborene Kind in Betracht kommen. Da aber die zu hinterlegende Summe nach der Geburt zum Unterhalt des Kindes dienen soll, die einstweilige Verfügung sich auf einen möglicherweise entstehenden Unterhaltsanspruch des Kindes bezieht, wird anzunehmen sein, daß der Anspruch auf Hinterlegung dem noch nicht geborenen Kinde eingeräumt sein soll. Die Mutter vertritt es nur dabei (so auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte zu § 1716 BGB.). Ein noch nicht geborenes Kind wird zwar sonst im BGB. nirgends als Rechtsträger anerkannt. Wenn auch mehrere Bestimmungen (§ 844 Abs. 2, 1923, 2043, 1912) auf noch nicht geborene Kinder Rücksicht nehmen, so erkennen sie sie doch nicht als Berechtigte an (RG. 44, 253). Dem gemeinen Rechte war dagegen der Gedanke, daß auch noch nicht geborene Kinder als Rechtsträger gelten könnten, nicht fremd. Es ist deshalb nichts Unerhörtes, wenn

auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein solcher Fall angenommen wird.

Kurz sei auch auf die Entstehungsgeschichte des § 1716 BGB. hingewiesen. Im ersten Entwurf war eine solche Bestimmung nicht vorgesehen. In der Kommission hielt man sie aber für nötig, weil der Unterhalt des Kindes gleich nach der Geburt bereit stehen müßte, sollte es nicht in vielen Fällen dem Elend preisgegeben sein, und weil sich das nach den gewöhnlichen Vorschriften über Arreste und einstweilige Verfügungen nicht erreichen ließe. Man erkannte, daß noch kein Anspruch auf Unterhalt bestand, der gesichert werden könnte, sondern daß erst möglicherweise einer entstehen konnte. Deshalb gab man das Recht auf die besondere einstweilige Verfügung (vgl. Protokolle 4, 689 ff.).

Das noch nicht geborene Kind K. M. hat also einen Anspruch auf Hinterlegung des Unterhalts für die ersten drei Monate gegen den Angeklagten gehabt und ist danach, wie das Landgericht ohne Rechtsirrtum angenommen hat, Gläubiger im Sinne des § 288 StGB. gewesen. Denn Gläubiger ist nach § 288 StGB. jeder, der einen Anspruch auf Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines andern hat (vgl. RG. 9, 165; 13, 140; 31, 25). Und der Anspruch auf Hinterlegung kann auf Grund der einstweiligen Verfügung vollstreckt werden (über die Art und Weise der Vollstreckung vgl. Seuffert ZPO. (11) Anm. 1c vor § 803).

Daß dem Angeklagten auch die Mutter der K. M. wegen ihrer Ansprüche nach §§ 1715, 1716 BGB. als Gläubigerin gegenüberstand, mußte außer Betracht bleiben, da sie keinen Strafantrag gestellt hat und das Landgericht deshalb ihren Anspruch bei der Verurteilung des Angeklagten nicht berücksichtigt hat.

Auch im übrigen läßt das Urteil des Landgerichts keinen Rechtsirrtum erkennen. Zweifelhaft könnte nur sein, ob es genügend festgestellt hat, daß dem Angeklagten auch wirklich die Zwangsvollstreckung drohte. Es behandelt die Frage mehr von der subjektiven Seite und stellt fest, daß der Angeklagte die Zwangsvollstreckung als nahe bevorstehend ansah. Daß die Zwangsvollstreckung aber auch objektiv gedroht hat, daß die Mutter beabsichtigt hat, die Zwangsvollstreckung für sich und das Kind zu betreiben, fließt dabei in den Feststellungen doch mit ein, so namentlich, wenn gesagt wird: Die Mutter des Kindes hatte dann gegenüber der ablehnenden Haltung der Mutter des Angeklagten deutlich zu verstehen gegeben, daß sie gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen werde (vgl. dazu RG. 20, 256; 23, 177; 24, 238).

Urteil des 1. Strafsenats vom 29. Juni 1912, S 62/12 (nach Eisenach).

7. Ungültigkeit einer Polizeiverordnung, die für Singen und Musizieren auf kirchlichen Begräbnisplätzen bei Leichenbegängnissen eine besondere Genehmigung erfordert (§§ 7, 9, 1, 24 RVereinsG.).

Die Angeklagten, sämtlich Angehörige der Sekte der Methodisten, haben beim Begräbnis des Gasarbeiters K. während des Leichenzugs auf der Straße und auch am Grabe gesungen und Musik gemacht, obwohl ihnen der Vorsitzende des Kirchengemeindevorstandes die Erlaubnis verweigert hatte. Sie sollen damit die Verordnung des Fürstl. Landratsamt in Gera vom 18. Mai 1911 übertreten haben, die Singen und Musizieren auf kirchlichen Begräbnisplätzen nur gestattet, wenn es der Vorsitzende des Kirchengemeindevorstandes genehmigt. Das Landgericht hält die Verordnung für ungültig, weil sie im Widerspruch mit dem Reichsvereinsgesetz stehe.

Die Revision kämpft vergeblich dagegen an. Sie weist zunächst darauf hin, daß die Kirchengemeinde auf Grund ihres Eigentums die Benutzung des Friedhofs von gewissen Voraussetzungen abhängig machen könne und daß die Verordnung des Landrats solche Voraussetzungen aufstelle. Aber der Landrat ist nicht Vertreter der Kirchengemeinde, außerdem ist die Verordnung ausdrücklich als allgemeine Polizeiverordnung nach § 1 des Gesetzes vom 7. Januar 1902 (über das polizeiliche Verordnungsrecht) erlassen. Ob die Kirchengemeinde bestimmte Voraussetzungen für die Benutzung ihres Friedhofs aufstellen kann, braucht daher nicht erörtert zu werden.

Das Reichsvereinsgesetz hat auch die Leichenbegängnisse geregelt. Es schreibt in §§ 7 und 9 Abs. 1 vor, daß öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Genehmigung der Polizeibehörde bedürfen und daß die Genehmigung in gewissen Fällen (nach näherer Bestimmung der Landeszentralbehörde) durch Anzeige oder öffentliche Bekanntmachung ersetzt wird. In § 9 Abs. 2 bestimmt es dann, daß gewöhnliche Leichenbegängnisse keiner Anzeige oder Genehmigung bedürfen. Es fordert also die Genehmigung nur für ungewöhnliche Leichenbegängnisse.

Nun könnte man, wie die Staatsanwaltschaft erwähnt, daran denken, daß das Vereinsgesetz unter Leichenbegängnis nur den Leichenzug bis zum Friedhofe, nicht aber das Leichenbegängnis auf dem Friedhofe selbst (besonders nicht die Versammlung am Grabe) ver-

stehe, weil es sich dabei nicht mehr um einen Aufzug auf einer öffentlichen Straße oder einem öffentlichen Platz handle. Für Leichenbegängnisse ist aber gerade der Friedhof der öffentliche Platz, und die Versammlung am Grabe gehört ebenso wie der Leichenzug zum Leichenbegängnis und ist, wenn man sie auch nicht als Aufzug (als Teil des Leichenzugs) betrachten kann, doch eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel (vgl. auch Kammergericht DJZ. 1909 S. 446; Johow und Ring 37, 51; 38, 43). Aufzug und Versammlung unter freiem Himmel treffen beim Leichenbegängnis zusammen.

Hat aber das Reichsvereinsgesetz die Leichenbegängnisse unter den Versammlungen unter freiem Himmel und öffentlichen Aufzügen geordnet, so können sie nur durch die in § 1 Abs. 2 gestatteten Anordnungen landesrechtlich beschränkt werden. Nur solche allgemeine sicherheitspolizeiliche Bestimmungen sind zulässig, die unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer an einer Versammlung vorbeugen sollen. Der Vorbehalt des § 24, wonach die Vorschriften des Landesrechts über kirchliche und religiöse Vereine und Versammlungen, über kirchliche Prozessionen, Wallfahrten und Bittgänge . . . . . unberührt bleiben, kommt nicht in Betracht. Leichenbegängnisse fallen nicht darunter. Das hat das Kammergericht aus der Entstehungsgeschichte des § 9 Abs. 2 und des § 24 des Vereinsgesetzes — sie sind, soweit sie hier einschlagen, dem § 10 des preuß. Vereinsgesetzes entnommen — nachgewiesen (vgl. DJZ. 1908, 1285; 1909, 496; Johow und Ring 37 C., 48 ff., besonders 53 ff.). Sollten kirchliche Leichenbegängnisse von den Vorschriften der §§ 7, 9 ausgenommen und der landesrechtlichen Regelung überlassen sein, so würde das in § 24 auch ausdrücklich hervorgehoben worden sein, dies um so mehr, als doch die kirchlichen Leichenbegängnisse die weitaus überwiegenden sind (vgl. auch hier Kammergericht bei Johow und Ring 37 C, 56). Der Kreis der unter § 9 fallenden Leichenbegängnisse würde sonst ganz verschwindend sein.

Zu prüfen ist aber noch, ob sich die Verordnung des Landrats auch wirklich gegen die Versammlungsfreiheit richtet, die § 1 RVereinsG. gewährleistet. Denn nach § 1 Abs. 2 sind nur solche Verordnungen unzulässig, die die Vereins- und Versammlungsfreiheit beschränken sollen oder tatsächlich beschränken, nicht aber werden allgemeine polizeiliche Vorschriften, die an sich mit dem Vereins- und Versammlungsrecht in keinem Zusammenhang stehen, ausgeschlossen oder verlieren ihre Anwendbarkeit, sobald es sich um Personen handelt, die in einer Vereins- oder Versammlungstätigkeit begriffen sind (vgl. Kammergericht

bei Johow und Ring 38 C, 40ff; 39 C, 62ff.). Die Verordnung des Landrats richtet sich nur gegen das Singen, Musizieren und Reden bei Leichenbegängnissen, und will gerade für Leichenbegängnisse eine besondere Beschränkung schaffen. Damit greift sie aber in die Versammlungsfreiheit bei Leichenbegängnissen ein, indem sie für Handlungen, die zu den Leichenbegängnissen gehören, eine besondere Genehmigung fordert (vgl. auch Kammergericht bei Johow und Ring 37 C, 50 und 59, DJZ. 1909, 328). Sie ist deshalb ungültig, und die Angeklagten können, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, höchstens nach § 19 des Vereinsgesetzes gestraft werden, wenn das Leichenbegängnis durch ihr Singen und Musizieren ein ungewöhnliches geworden ist und sie als Veranstalter oder Leiter in Betracht kommen. Darüber konnte aber das Landgericht nicht urteilen, es hat daher nach § 458 StrPO. ein Urteil in der Sache unterlassen und nur die Strafverfügungen gegen die Angeklagten aufgehoben.

Urteil des 1. Strafsenats vom 6. Juli 1912, S 63/12 (nach Gera).

8. Muß der Chauffeur an unübersichtlichen Stellen ein Warnungssignal geben?

Der Angeklagte ist bestraft worden, weil er mit seinem Kraftwagen eine scharfe Straßenkrümmung genommen hat, ohne ein Warnungssignal zu geben (§ 21 des Automobilgesetzes vom 3. Mai 1909 in Verbindung mit § 19 Abs. 1 der Verordnung über den Verkehr von Kraftfahrzeugen vom 3. Februar 1910). Das Landgericht geht dabei von der Rechtsauffassung aus, der Führer eines Automobils mache sich verantwortlich, wenn er an unübersichtlichen Stellen die Abgabe eines Warnungssignales unterlasse. Dieser Ansicht kann der Senat nicht zustimmen. Der § 19 der Verordnung von 1910 bestimmt im Anschluß an die Vorschriften über die Fahrgeschwindigkeit von Kraftfahrzeugen:

„Der Führer hat entgegenkommende, zu überholende, in der Fahrtrichtung stehende oder die Fahrtrichtung kreuzende Menschen, sowie die Führer von Fuhrwerken, Reiter, Radfahrer, Viehtreiber usw. durch ein . . . . . Warnungszeichen rechtzeitig auf das Nahen des Kraftfahrzeugs aufmerksam zu machen; auf die Notwendigkeit, das Warnungssignal abzugeben, ist in besonderem Maße an unübersichtlichen Stellen (§ 18 Abs. 3) zu achten."

Zu den unübersichtlichen Stellen gehören, wie die Bezugnahme auf § 18 Abs. 3 klarstellt, Straßenkreuzungen, scharfe Straßen-

krümmungen, Aus- und Einfahrten, aber auch die gewöhnliche Fahrstraße nach Eintritt der Dunkelheit oder bei starkem Nebel. Die in diesem Zusammenhang zu erwähnende Besonderheit, die die unübersichtlichen Stellen bieten, liegt darin, daß der Führer die Nähe von Menschen, denen die Warnung gilt, häufig nicht erkennen kann. Die Möglichkeit der Annäherung von Menschen hat deshalb die Verordnung im Auge, wenn sie dem Führer die Notwendigkeit besonders ans Herz legt, in dieser Lage ein Warnungssignal zu geben.

Das bedeutet aber nicht, daß der Führer gehalten sei, an unübersichtlichen Stellen unter allen Umständen ein Signal zu geben. Hätte diese Anordnung getroffen werden sollen, so würde es in der Verordnung in einer nahe liegenden einfachen Fassung gesagt worden sein; etwa so: an unübersichtlichen Stellen ist das Warnungszeichen stets abzugeben. Eine so weit gehende Vorschrift fordert der Verkehr auch nicht, ja sie würde unter Umständen unerträglich sein. Denn einerseits hat der Führer die Fahrt an unübersichtlichen Stellen so einzurichten, daß er in der Lage ist, Gewißheit darüber zu erlangen, ob er Menschen überholt, ihnen begegnet usw. Andererseits würde es auf eine Belästigung des Publikums hinauslaufen, wenn z. B. bei Dunkelheit jedes Automobil unaufhörlich die Hupe ertönen ließe. Eine gesteigerte Sorgfalt ist dem Führer an unübersichtlichen Stellen auferlegt worden. Er soll durch das Signal hier nicht nur Menschen warnen, die er sehen kann, sondern auch solche, die er nicht wahrnehmen kann, denen er sich aber möglicherweise nähert. Er verstößt fahrlässig gegen die Verordnung auch dann, wenn er das Warnungssignal nicht abgibt an unübersichtlichen Stellen, wo er nach der konkreten Lage des Falles mit einer Annäherung an Menschen rechnen muß, denen er vielleicht begegnet usw. Dabei kommt nichts auf die Tatsache an, ob im einzelnen Falle Menschen in der Nähe sind; das Vergehen des § 19 ist unabhängig davon, ob Menschen gefährdet worden sind oder nicht. Kann sich der Angeklagte deshalb nicht damit verteidigen, daß die Straße an der fraglichen scharfen Krümmung frei von Menschen gewesen sei, so ist für seine Verurteilung erheblich, ob er wirklich, wie er behauptet, so langsam gefahren ist, daß er trotz der scharfen Krümmung jeden auf der Straße einherschreitenden Menschen gewahr werden und durch ein Warnungszeichen auf sein Fahrzeug aufmerksam machen konnte.

Urteil des 1. Strafsenats vom 12. Oktober 1912, S 95/12 (nach Altenburg).

9. Betrieb einer Schankwirtschaft nach § 33 GewO. liegt vor, wenn jemand Bier in Fässern an die Mitglieder eines Personenvereins (Korps) in seiner an sie vermieteten Behausung abgibt. (§ 33 GewO., Weimar. Ministerialbekanntmachung vom 23. April 1874.)

Der Angeklagte hat einem studentischen Korps in Jena ein Zimmer seines Hauses in Wöllnitz vermietet und ihm ohne polizeiliche Erlaubnis für seine Kneipen Fässer Weißbier zum sofortigen Genuß in dem gemieteten Raume geliefert; er hat am Faß den üblichen Betrag verdient.

Das Landgericht hat einen Verstoß gegen die §§ 33, 147 Ziff. 1 GewO. verneint, der Senat hat das Urteil aus folgenden Gründen aufgehoben.

Zum Betrieb einer Schankwirtschaft gehört nichts weiter, als daß jemand Getränke mit Verdienst und in der Absicht eines dauernden Erwerbes zum Genuß auf der Stelle in einem mit der eigenen Behausung zusammenhängenden Raume abgibt.

Der Wirt braucht nicht das volle Verfügungsrecht über den Raum zu haben, in dem die Getränke genossen werden, dieser kann vielmehr den Abnehmern vermietet sein.

Ferner wird nicht verlangt, daß der Ausschank einem unbeschränkten Personenkreis eröffnet wird, sondern es genügt die Abgabe von Getränken an Mitglieder einer Personenvereinigung.

Auch ist es nicht Tatbestandsmerkmal, daß die Getränke in einem das Bedürfnis des Verbrauchers übersteigenden Maße verabfolgt werden.

Wenn die Rechtsprechung früher einen anderen Standpunkt vertreten hat, so fand dieser im Gesetze keinen Anhalt.

Unerheblich ist auch die reine Aeußerlichkeit, ob das Getränk zunächst nur in Fässern oder sofort in Gläsern oder Flaschen geliefert und ob den Ausschank Angestellte des Wirtes oder die Abnehmer selbst besorgen. Auch ist es gleichgültig, ob sich diese ihren Trinkraum selbst ausstatten und eigene Trinkgefäße benutzen oder nicht. Wenn solche Umstände entschieden, so ließe sich mit § 33 zu leicht umgehen.

Die Merkmale dagegen, die der Schankbetrieb wirklich erfordert, liegen nach den Feststellungen des Landgerichtes vor.

Denn der Angeklagte suchte und fand einen Gewinn, wenn er das Bier mit dem üblichen Aufschlag auf die Selbstkosten, also mit Verdienst, abgab. Ob daneben auch die Zimmermiete von 100 M.

und die Entschädigung von 20 M. für jeden Kneipabend von Bedeutung ist, bedarf keiner Entscheidung. Es genügt, daß die Abgabe des Bieres mit Gewinn verbunden war. Dieser Gewinn war auch nicht zufällig, vereinzelt, der Angeklagte lieferte das Bier mit regelmäßiger Wiederkehr für die alle drei bis vier Wochen abgehaltenen Exkneipen, die ganze Einrichtung war also auf dauernde Gewinnerzielung angelegt.

Wenn das Bier sofort im gemieteten Zimmer getrunken worden ist, so gab der Angeklagte es auch zum sofortigen Genuß und in einem mit seiner Behausung zusammenhängenden Raume ab. Gerade diese Merkmale unterscheiden den Fall von einer Lieferung des Bieres ans Korps nach Jena selbst oder in ein anderes Kneiplokal nach Wöllnitz. Denn in diesen Fällen fehlt die Verbindung zwischen der Behausung des Angeklagten und dem gewinnbringenden Genuß der Getränke. Gerade diese Verbindung aber schafft die Voraussetzung für einen genehmigungspflichtigen Betrieb und unterscheidet die Abgabe des Bieres hier vom bloßen Verkauf eines eigenen Erzeugnisses an einen Dritten. Eine Beförderung des Bieres nach Jena, eine Rückbeförderung nach Wöllnitz und ein Ausschank im vermieteten Zimmer dagegen könnte sehr wohl als Gesetzesumgehung strafbar sein.

Gerade bei der bestehenden räumlichen Verbindung — dem regelmäßigen, gewinnbringenden Genuß der Getränke *in seiner* Behausung — kann der Angeklagte nicht etwa nur als Lieferant des Bieres und das Korps als Verschänker auf eigene Rechnung gelten, vielmehr hebt dieser Zusammenhang die Verabreichung der Getränke von dem Begriffe des Handels mit Bier ab und macht den Angeklagten zum Unternehmer eines eigenen selbständigen Schankbetriebes.

Bei dieser Verbindung ist es auch ohne Bedeutung, ob die Miete des Zimmers und die Lieferung des Bieres durch den Angeklagten voneinander abhängig waren oder nicht.

Die Bierabgabe war auch so erheblich und regelmäßig, daß sie nicht etwa eine bloße Nebenleistung zur Vermietung des Zimmers, sondern gerade den Schwerpunkt des ganzen Verhältnisses bildete.

Wenn der Angeklagte endlich aus der Lieferung von Speisen und Schnäpsen auch keinen *un*mittelbaren Gewinn gezogen hat, so kann diese Tätigkeit doch dem Bierverbrauche gedient und so mittelbar Gewinn gebracht haben. Ein Verdienst dieser Art aber läßt *auch* schon die Abgabe der *Speisen* in den Rahmen des Schankbetriebes fallen und die Lieferung des *Schnapses* als Kleinhandel mit Branntwein im Sinne des §§ 33 GewO. in Verbindung mit der Ministerial-

bekanntmachung vom 23. April 1874 (Weim. RegBl. 1874 S. 153) erscheinen.

Urteil des Feriensenats vom 30. August 1912, S 80/12 (nach Weimar).

10. Sind die Herzoglich Cob.-Gothaischen Forstbeamten im Kreise Schmalkalden Staatsbeamte?

Der Angeklagte, dem vom Herzoglichen Oberförster in Schnellbach das Betreten einer bestimmten Waldung verboten war, hat diese am 26. April 1912 betreten, um im Auftrag eines Holzkäufers dessen Holz zu schälen. Der Oberförster beauftragte den Forstwart H., ihn zum Verlassen aufzufordern. Dessen Aufforderung setzte der Angeklagte Widerstand durch Gewalt und durch Bedrohung mit Gewalt entgegen. Auf Grund dieses vom Landgericht festgestellten Tatbestandes hat das Gericht den Angeklagten des Vergehens gegen § 117 Abs. 1 StrGB. für schuldig befunden. Der Angeklagte hat sich damit verteidigt, die Forstbeamten hätten — objektiv betrachtet — kein Recht, ihm den Wald zu verbieten, weil der Holzkäufer ihn mit Schälen beauftragt habe und weil er selbst im Herzoglichen Walde Holz liegen habe, das ihm die Gemeinde überwiesen habe. Zum mindesten habe er sich subjektiv in dem Glauben befunden, daß der Forstwart H. sich aus diesen Gründen bei seiner Aufforderung nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes befunden habe. Das Landgericht führt zunächst zutreffend aus, daß die Aufforderung des Forstwarts berechtigt war. Dann, sagt es: ob der Angeklagte in dem Glauben gehandelt habe, der Forstwart sei nicht in rechtmäßiger Amtsausübung, darauf komme es nicht an. Das Bewußtsein des Täters von der Rechtsmäßigkeit gehöre nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht zum Tatbestand des § 117 StrGB.

Der Senat steht ebenfalls auf dem Standpunkt des Reichsgerichts. Dieses unterscheidet im Falle des § 117 StrGB. zwischen Beamten und Privatpersonen. Um die staatliche Autorität bei Amtsausübung zu wahren, kann der Widerstand Leistende nicht dadurch Straflosigkeit erlangen, daß der dartut, er habe angenommen, der Beamte handle nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes. Bei Privatpersonen (Waldeigentümer und ihre Angestellte) kommt dieser Grund nicht in Betracht. Bei Widerstand ihnen gegenüber ist das Bewußtsein des Täters von der Rechtsmäßigkeit der Amtsausübung erheblich (RG. 20, 156; 27, 70).

Der Entscheidungsgrund des Landgerichts trifft also dann zu, wenn der Forstwart H. Forstbeamter im Sinne des § 117 StrGB. sein sollte; andernfalls ist er unrichtig. In diesem kritischen Punkt versagen die Feststellungen des Landgerichts. Das Urteil mußte deshalb mit seinen tatsächlichen Feststellungen aufgehoben werden. Das Landgericht nimmt ohne weiteres an, die Herzoglichen Forstverwaltungs- und Forstschutzorgane im Kreise Schmalkalden seien Forstbeamte im Sinne des § 117, weil sie vom Waldeigentümer dazu bestellt seien, möge nun der Herzog von Sachsen Coburg-Gotha oder der Coburg-Gothaische Staatsfiskus der Eigentümer sein. Das ist irrig. Die in der vormals kurhessischen Herrschaft Schmalkalden gelegenen Staatsforsten hat der König von Preußen durch Vertrag vom 14. September 1866 an den Herzog von Coburg und Gotha „in der Eigenschaft eines integrierenden Bestandteils des Domänenguts in den Herzogtümern Coburg und Gotha, mithin als fideikommissarisches Privateigentum des Herzoglich Sachsen-Gothaischen Gesamthauses“ abgetreten (Cob.-Goth. gemeinschaftl. GS. Nr. 172). Inhaber des Fideikommisses ist der regierende Herzog von Coburg und Gotha. Bis zur Domänenteilung im Herzogtum Gotha (1. April 1906) wurden die sogenannten Schmalkaldener Forsten unter Mitwirkung des Herzoglichen Staatsministeriums in Gotha von Gothaischen Staatsbehörden verwaltet. Die Forstbeamten einschließlich der Forstwarte waren Gothaische Staatsdiener. Das hat sich seit der Domänenteilung im Herzogtum Gotha geändert. Die Verwaltung der Schmalkaldener Waldungen steht der für die Verwaltung des Gothaer Domänenfideikommisses eingesetzten Behörde, der Herzoglichen Hofkammer in Gotha zu; die örtlichen Forstverwaltungs- und Forstschutzbeamten stehen im Herzoglichen Fideikommißdienst. Das Dienstverhältnis besteht zu dem Herzog persönlich. Als Beamte im Sinne des § 117 StrGB. gelten nach § 359 nur solche, die im Dienste des Reichs oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaates angestellt sind. Ob die Herzoglichen Forstschutzbeamten in Schmalkalden Königlich Preußische Beamte sind, weil ihnen von staatlichen (Preußischen) Organen die Vollziehung staatlicher Funktionen übertragen ist, wird noch erörtert werden. Hier handelt es sich um die Frage, ob sie durch Anstellung als Herzogliche Fideikommißbeamte Coburg-Gothaische Staatsbeamte sind. Daß sie keine Zivilstaatsdiener im Sinne des Coburg-Gothaischen Zivilstaatsdienstgesetzes von 1852 mehr sind, steht außer Zweifel. Sie sind aber auch keine Coburg-Gothaischen Staatsbeamte in dem weiteren Sinne, den § 359 StrGB. mit dem Beamtenbegriff verbindet. Der

Staat Coburg-Gotha hat im Kreise Schmalkalden keine staatlichen Funktionen auszuüben. Es wird freilich gelehrt, die Beamtenqualität käme auch Privatangestellten zu, wenn sie an der Verwaltung von Vermögen beteiligt seien, das an staatliche Zwecke gebunden ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies richtig ist. Denn jedenfalls liegt kein Moment für die Annahme vor, daß die Geschäfte der Forstbeamten im Kreise Schmalkalden die Verfolgung von Zwecken zum Gegenstand haben, die dem Herzogtum Coburg-Gotha eigen sind. Wohl ist es richtig, daß der Herzog von Coburg-Gotha bei dem Erwerbe der Staatsforsten die Verpflichtung übernommen hat, den Staatsangehörigen der Herzogtümer die Kosten und Lasten des Krieges von 1866 zu vergüten und daß er in Erfüllung dieser Verpflichtung die Hälfte des Reinertrags aus den Schmalkaldener Waldungen den Staatskassen zu Coburg und Gotha überwiesen hat. (Art. 3 des Nachtrags zum Hausgesetz vom 6. Dezember 1866). Die Gothaische Staatskasse ist wegen ihrer Ansprüche auf einen Teil der Revenüen inzwischen abgefunden (Goth. GS. von 1905 S. 58). Das Interesse der Coburgischen Staatskasse an den Revenüen ist geblieben. Damit ist wohl ein wirtschaftliches Interesse an der Verwaltung der Forste gegeben, es läßt sich aber nicht sagen, daß die Forstverwaltung staatliche Zwecke verfolgte. Die Verbindung der Staatsinteressen mit den Schmalkaldener Waldungen ist eine zufällige, tatsächliche, jederzeit lösbare. Eine öffentlich-rechtliche Bindung des Vermögenskomplexes an einen Coburgischen Staatszweck besteht nicht.

Die Schmalkaldener Forsten liegen im Königreich Preußen. Die staatliche Berufung zur Ausübung der Forst- und Jagd**polizei** in ihnen kann nur von den zuständigen Preußischen Staatsbehörden ausgehen. Es fragt sich deshalb, ob etwa der Forstwart H. von einer Preußischen Staatsbehörde als solches Polizeiorgan berufen ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Leistung des Forstschutzeides, die auf Antrag des Waldeigentümers mit Genehmigung des Bezirksausschusses nach den §§ 23 ff. des preußischen Gesetzes betreffend den Forstdiebstahl vom 15. April 1878 erfolgen kann und bei H. am 2. Dezember 1902 beim Königlichen Amtsgericht in Schmalkalden erfolgt sein soll, den Forstwart zum Polizeibeamten macht. Vgl. darüber RG. 10, 105; Rspr. 2, 289; 6, 131, 478 einerseits und RG. 43, 361 andererseits. Denn jedenfalls ist H. Beamter des Polizei- und Sicherheitsdienstes, wenn es richtig ist, daß die Herzoglichen Forstaufseher und Waldwarte im Kreise Schmalkalden gemäß § 143 Abs. 2 GVG. zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft für ihre Bezirke bestellt worden sind und in

dieser Amtseigenschaft dem König von Preußen den vorgeschriebenen Diensteid geleistet haben. Die Bestellung soll allgemein durch gemeinschaftlichen Erlaß der Königlich Preußischen Minister des Innern, der Justiz und der Landwirtschaft, Domänen und Forsten vom 11. Juni 1892 erfolgt und im Amtsblatt der Königlichen Regierung zu Kassel veröffentlicht sein. Der Forstwart soll den Diensteid vor dem Königlichen Landratsamt in Schmalkalden am 11. Dezember 1900 geleistet haben.

Um die Frage der Beamteneigenschaft in tatsächlicher Beziehung aufzuklären und bei Verneinung der Beamteneigenschaft Feststellungen über den Vorsatz des Angeklagten herbeizuführen, mußte die Sache zu neuer Verhandlung an das Landgericht zurückverwiesen werden.

Entscheidungen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts in Jena.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

1. Zulässigkeit der **Beschwerde** an das Oberverwaltungsgericht im Dienststrafverfahren nach dem Weimarischen Staatsbeamtengesetz vom 21. Juni 1909. — Unzulässigkeit analoger Anwendung der Vorschriften der Strafprozeßordnung auf die Vollstreckung der im Dienststrafverfahren ergangenen Urteile.

Gegen die Ausführung eines rechtskräftigen Urteils des Dienststrafgerichtshofs für das Großherzogtum Sachsen war bei der Dienststrafkammer in Weimar unter Berufung auf die entsprechende Anwendbarkeit der § 490, 494 der StPO. für das Deutsche Reich Beschwerde erhoben worden mit dem Antrage, behufs Auslegung des Urteils festzustellen, daß es nicht in der angeordneten Weise zu vollstrecken sei.

Die Dienststrafkammer hat den Antrag zurückgewiesen, weil sie nicht befugt sei, ein Urteil auszulegen, das sie nicht gefällt habe, weil der Antrag eine Einwendung gegen die Vollstreckung des Urteils darstelle, diese aber der Dienststrafkammer nicht zustehe, und weil die Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung in § 490 ff. nach dem Staatsbeamtengesetz in Dienststrafsachen nicht anwendbar seien.

Gegen diesen Beschluß ist von dem Verurteilten unter Aufrechterhaltung seines Antrags Beschwerde eingelegt worden, die die Dienst-

strafkammer, nachdem sie beschlossen hatte, an ihrem Beschlusse festzuhalten, dem Oberverwaltungsgericht vorgelegt hat.

Das Oberverwaltungsgericht hat die Beschwerde u. a. aus folgenden Gründen zurückgewiesen:

Das Ausführungsgesetz des Großherzogtums Sachsen zum Staatsvertrag über die Errichtung eines gemeinschaftlichen obersten Verwaltungsgerichts hat, von der Füglichkeit in Artikel 18 des Staatsvertrags Gebrauch machend, in § 9 das Oberverwaltungsgericht für zuständig erklärt „in Dienststrafsachen nach Maßgabe des Staatsbeamtengesetzes vom 21. Juni 1909" und zugleich die Bestimmungen dieses Gesetzes über das Dienststrafverfahren für anwendbar erklärt. Nach § 67 Abs. 1 und 2 des Staatsbeamtengesetzes für das Großherzogtum Sachsen aber ist in dem förmlichen Dienststrafverfahren das Oberverwaltungsgericht entscheidende Behörde in zweiter Instanz. Diese Zuständigkeit ist seit dem Tage, an welchem das Oberverwaltungsgericht seine Tätigkeit begonnen hat, nämlich dem 1. Oktober 1912, begründet, es ist an Stelle der bis dahin auf Grund des § 122 des Staatsbeamtengesetzes tätig gewesenen Dienststrafgerichtshofs getreten. Die erste Instanz bildet die Dienststrafkammer bei dem Landgericht in Weimar. Da nun die angefochtene Entscheidung der ersten Instanz am 4. November dem Beschwerdeführer zugestellt ist, so bestehen auch aus § 15 des Weimar. Ausführungsgesetzes gegen die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts an sich keine Bedenken. Weiter ist jedoch die Frage zu beantworten, ob das Oberverwaltungsgericht auf die erhobene B e s c h w e r d e zu entscheiden berufen ist. Auch diese Frage ist zu bejahen, obwohl das Staatsbeamtengesetz an keiner Stelle ausdrücklich von der Zulässigkeit der Beschwerde gegen erstinstanzliche Entscheidungen redet, sondern nur die Berufung als Rechtsmittel „gegen die Entscheidung der Dienststrafkammer" erwähnt und auch in der Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes sich keine Andeutung darüber findet. Letzterwähnter Umstand ist allerdings lediglich die Folge davon, daß der Entwurf überhaupt nur eine Instanz vorgesehen hatte. Trotzdem muß es als Wille des Gesetzgebers, nachdem er eine zweite Instanz eingeführt hat, angenommen werden, daß die Entscheidungen der ersten Instanz wenigstens insoweit, als sie nicht zugleich mit dem Urteil, durch das die erste Instanz beendet wird, mittels Berufung angefochten werden können, einer besondern Anfechtung unterliegen sollen. Zu solchen Entscheidungen gehören vor allen die nach Erlaß des Urteils ergangenen wie die jetzt angefochtene. Sie können von größter Tragweite sein und es könnte die allerbedenklichsten Folgen haben, wenn

eine Nachprüfung völlig ausgeschlossen wäre. Es wäre nicht zu verstehen, daß der Gesetzgeber eine zweite Instanz nur für die Anfechtung durch Berufung, also in beschränktem Umfange gewollt habe. Gegen ein solche Auffassung spricht auch der ganz allgemein gefaßte Gesetzestext in § 67 Abs. 2 a. a. O., durch den das Oberverwaltungsgericht ohne jede Einschränkung als „entscheidende Behörde in zweiter Instanz" eingesetzt ist. Hierzu tritt bestärkend der Umstand, daß in § 93 daselbst das Rechtsmittel der Beschwerde mittelbar dadurch eingeführt ist, daß die Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Anwendung finden sollen, und in § 46 StPO. gegen die das Gesuch verwerfende Entscheidung die sofortige Beschwerde gegeben ist. Die Annahme, daß das Staatsbeamtengesetz in diesem einzigen, verhältnismäßig minderwichtige Entscheidungen betreffenden Falle die Anfechtung erstinstanzlicher Entscheidungen außerhalb des Berufungsverfahrens habe zulassen wollen, hat alle Wahrscheinlichkeit gegen sich.

Die Beschwerde ist deshalb zulässig, aber sie ist unbegründet, weil die Dienststrafkammer die von ihr begehrte Feststellung mit Recht als unzulässig abgelehnt hat.

Gegen den Beschwerdeantrag spricht, wenn man sich zunächst auf die entsprechende Anwendung der § 490 ff. StPO. als Rechtsgrundlage einlassen will, ein formales Bedenken. Der Antrag erstrebt im Wege der Auslegung des Dienststrafurteils den richterlichen Ausspruch, daß die Ausführung, d. h. die Vollstreckung des Urteils nicht so zulässig sei, wie sie tatsächlich erfolgt ist. Die Beschwerde macht also nicht geltend, das Urteil sei unklar, mehrdeutig und bedürfe der Auslegung, sondern sie bemängelt nur die Art der Vollstreckung. Zur Entscheidung über Einwendungen gegen die Art und Weise der Strafvollstreckung sind aber die Gerichte durch § 490 ff. RStPO. nicht berufen, für sie sind nur die Aufsichtsstellen der Strafvollstreckungsbehörden zuständig, wo solche eingerichtet sind. Die Gerichte haben nach § 490 ff. auf Antrag nur zu prüfen, ob eine Strafvollstreckung im gegebenen Einzelfall stattfinden darf oder nicht. Diese Frage wird aber vom Beschwerdeführer selbst gar nicht in Zweifel gezogen, weil alle Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit des Dienstrafurteils gegeben sind. Die Beschwerde kann sonach auf § 490 ff. cit. nicht gestützt werden, insofern sie sich gegen die Urteilsvollstreckung wendet. Man muß aber noch einen Schritt weiter tun und sagen, die Beschwerde geht fehl, indem sie eine entsprechende Anwendbarkeit der Bestimmungen der Reichsstraf-

prozeßordnung über die Strafvollstreckung zur Ergänzung des Dienststrafverfahrens nach dem Staatsbeamtengesetz behauptet.

Es ist richtig, daß das Staatsbeamtengesetz nirgends, insbesondere nicht im Abschnitt über das Dienststrafverfahren über die Strafvollstreckung redet oder Bestimmungen trifft, wem die Ausführung der Dienststrafurteile obliege. Richtig ist auch, daß nach der als zutreffend anzuerkennenden, wohl unbestrittenen Lehre der Rechtswissenschaft bei der Handhabung der Dienststrafgesetze, weil sie meist keine erschöpfende Regelung des Verfahrens darbieten, zur Ergänzung der Lücken auf die entsprechenden Vorschriften der Strafprozeßordnung zurückgegriffen werden soll. (Vgl. v. Rheinbaben, Preuß. Disziplinarges. 202 ff., 210.) Die Anwendbarkeit der allgemeinen Strafprozeßvorschriften findet aber ihre Grenze, wenn sie auch nur mittelbar einer Bestimmung des Disziplinargesetzes nach Sinn und Zusammenhang widersprechen oder der eigentümlichen Natur und dem besonderen Zwecke des Disziplinarverfahrens widerstreiten würde. Die Dienststrafkammer hat in ihrer Entscheidung die Unanwendbarkeit der vom Beschwerdeführer herangezogenen Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung deshalb verneint, weil diese Vorschriften im Staatsbeamtengesetz nicht in gleicher Weise wie eine Anzahl andere (vgl. StBG. § 72, 86; § 73, 87; § 80 u. § 93) ausdrücklich als anwendbar bezeichnet seien. Diese Auffassung ist zu eng und für eine sachgemäße Handhabung des Disziplinargesetzes unzureichend. Man muß vielmehr eine weitere Uebertragung strafprozessualen Rechtsstoffes zulassen, soweit Lücken auszufüllen sind und Bedenken aus den beiden oben bezeichneten Gründen nicht herzuleiten sind. Gegen die Uebernahme der Strafvollstreckungsvorschriften der Reichsstrafprozeßordnung in das Dienststrafverfahren des Staatsbeamtengesetzes erheben sich aber so schwere Bedenken, daß jede entsprechende Anwendbarkeit als ausgeschlossen bezeichnet werden muß. Sie würde dem Wortlaut und dem Sinn und den Zwecken des Disziplinarverfahrens widerstreiten.

Nach dem Staatsbeamtengesetz erschöpft sich die Tätigkeit der Dienststrafgerichte vollkommen in dem, möglicherweise wieder aufgenommenen Verfahren bis zur Fällung des Urteils. Alles, was nach rechtskräftigem Abschluß zu geschehen hat, liegt der Verwaltungsbehörde ob, und das Gesetz selbst schreibt ihr vor, was im Falle der Verurteilung zu tun ist. Die Folgen der schwersten Disziplinarstrafe, die Dienstentsetzung, knüpft das Gesetz unmittelbar an das rechtskräftige Urteil, sie „treten von selbst ein“.

Ist auf Strafversetzung erkannt, so erfolgt die „Versetzung in ein anderes Amt“. Es ist selbstverständlich, daß diese nur durch einen Verwaltungsakt herbeigeführt werden kann, denn es ist zu entscheiden, in welches Amt der Verurteilte versetzt werden soll, eine Entschließung, die das Dienststrafgericht nicht fassen kann. Sie ist ihm sogar durch die Fassung des § 59 Abs. 1 No. 3 des Gesetzes ausdrücklich entzogen, insofern die Strafe nur auf „Strafversetzung“ lauten darf, nicht etwa auf Strafversetzung an einen anderen oder bestimmten Ort. Die Prüfung, ob mit der Strafversetzung ein Ortswechsel einzutreten habe, ist dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörde überlassen und ebenso die Entschließung darüber, ob die Versetzung in ein anderes, dem bisherigen an Rang und Besoldung gleichstehendes oder in ein ihm hierin nachstehendes Amt erfolgen soll.

Auch die Ausführung der Strafe der Besoldungsminderung kann nur ein Akt der Verwaltungsbehörde sein, nämlich die Bemessung des Betrags der Verkürzung und ihre Anordnung.

Dasselbe gilt von Geldstrafen, soweit nicht freiwillige Zahlung geleistet wird und von den sonstigen Ordnungsstrafen, falls darauf im Wege des förmlichen Dienststrafverfahrens erkannt worden ist (§ 88 Abs. 3 StBG.).

Die Ausführung der dienststrafgerichtlichen Urteile ist hiernach in allen Fällen Aufgabe selbständiger Entschließung der Verwaltungsbehörden, so daß für die aushilfsweise Anwendung der Vorschriften der Reichsstrafprozeßordnung über die Strafvollstreckung in keinem Punkte Raum bleibt. Auf diesem Standpunkt steht auch die Begründung zu dem Entwurfe des Staatsbeamtengesetzes, in der zur Erläuterung der Strafe der Strafversetzung auf eine Abweichung von der gleichen Strafe des Reichsbeamtengesetzes aufmerksam gemacht und schließlich gesagt wird: „Die erkennende Dienststrafbehörde wird sich, wenn sie Strafversetzung für verwirkt hält, darauf zu beschränken haben, auf „Strafversetzung“ zu erkennen, die Einzelheiten der Ausführung müssen der Verwaltungsbehörde vorbehalten bleiben“ (vgl. über das Staatsbeamtengesetz Landtagsverhandlungen Schr. W. 1909, 722).

Von einer Anrufung der Dienststrafgerichte gegen Ausführungsmaßregeln der Verwaltungsbehörden kann sonach im Rahmen des Staatsbeamtengesetzes keine Rede sein, und die Beschwerde gegen die Ablehnung eines Eingriffs in die den Dienststrafgerichten verschlossene Urteilsausführung konnte deshalb keinen Erfolg haben.

Beschluß vom 27. November 1912, ER 71/12.

2. Erfordernisse der Begründung der Berufungsentscheidungen in Einkommensteuersachen (Weimar).

Der Kläger war für das Steuerjahr 1912 u. a. mit 1000 M. Reingewinn aus dem Betriebe eines Materialwaren- und Lebensmittelgeschäfts und 830 M. Verdienst als Fabrikarbeiter zur Einkommensteuer veranlagt worden. Auf seine Berufung hat die Vorinstanz es bei der Einschätzung des Gewerbeeinkommens mit 1000 M. belassen, dagegen sein Arbeitseinkommen anderweit mit 550 M. eingeschätzt. Mit der rechtzeitig hiergegen eingelegten Revision erstrebte der Kläger Herabsetznng des Gewerbeeinkommens auf 629 M. mit der Begründung, daß dieser Betrag seinen Geschäftsgewinn im Jahre 1911 darstelle und er nicht verpflichtet sei, im Jahre 1912 mehr zu versteuern, sowie Freistellung von der Steuer aus Arbeitseinkommen, indem er anführte, daß er vom 26. August 1911 bis zum 1. Juli 1912 keine Arbeit gehabt habe und deshalb bei seinem jetzigen Verdienst von wöchentlich 16,50 M. für das laufende Jahr kein Arbeitseinkommen von 550 M. versteuern könne. Das Oberverwaltungsgericht hat der Revision aus folgenden Gründen stattgegeben:

Die Revisionsrügen sind in dieser Form beide verfehlt. Denn nach dem Gesetz sind für die Schätzung des Einkommens aus Handel und Gewerbe die Verhältnisse des jüngst vergangenen Jahres nicht allein maßgebend, sondern nur insofern mitbestimmend, als die Schätzung regelmäßig nach dem Durchschnitte der drei der Veranlagung unmittelbar vorangegangenen Wirtschafts- oder Kalenderjahre vorzunehmen ist. (Vgl. § 54, § 53 Abs. 4 EStG. vom 11. März 1908, Art. 70 f. und 56 Abs. 3 f. der AusfV. dazu vom 19. Juli 1898). Daß der Kläger im Jahre 1911 nur 629 M. verdient hat, schließt daher, für sich betrachtet, seine höhere Einschätzung für 1912 nicht aus. Ebenso kann für die Ermittlung des Arbeitseinkommens eine besondere Berücksichtigung des Umstands, daß der Kläger im vergangenen und laufenden Jahre längere Zeit nichts verdient hat, im Veranlagungsverfahren nicht gefordert werden. Denn die Veranlagung erfolgt jeweils für das bevorstehende Steuerjahr. Sie kann daher grundsätzlich weder zufällige Einkommensverluste des Vorjahres noch die Möglichkeit solcher Einbußen im Steuerjahr berücksichtigen, muß vielmehr damit rechnen, daß die vorhandene Einkommensquelle das ganze Jahr hindurch fließt. Ausnahmen hiervon werden — und zwar aus offenliegenden berechtigten Gründen — nur da gemacht (Art. 79 der AusfV.), wo die regelmäßige Beschränkung des Ertrags der Quelle auf einen Teil des Jahres sich aus der Art der Berufstätigkeit — wie bei Bauarbeitern — oder

persönlichen Verhältnissen — z. B. bei gemischter Berufstätigkeit — notwendig ergibt. Verhältnisse der letzteren Art liegen aber hier nach den Akten nicht vor.

Gleichwohl konnte die Vorentscheidung hingesehen auf die unbeschränkte Prüfungspflicht des Oberverwaltungsgerichts (Art. 37 des Staatsvertrags) nicht aufrecht erhalten werden, weil sie offensichtlich auf wesentlichen Mängeln des Verfahrens beruht.

Es ist schon nicht unbedenklich, wenn in der Begründung ausgeführt wird, daß „eine Ermäßigung des Geschäftseinkommens mangels buchmäßigen Nachweises nicht für angängig erachtet werden konnte." Denn diese Ausführung deutet darauf hin, daß die Berufungskommission der mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht zu vereinbarenden Ansicht ist, der Steuerpflichtige sei für die von ihm behauptete Ueberbürdung beweispflichtig.

Die Entscheidung ist aber auch sonst weder in sich noch dem Akteninhalte nach begründet. Denn die Berufungskommission begnügt sich damit, einen einzelnen Einnahmeposten (den Verdienst aus dem Flaschenbierverkauf) in der vom Kläger zur Begründung seiner Berufung beigebrachten Berechnung seines Geschäfsgewinnes im Jahre 1911 zu beanstanden, und beschränkt sich im übrigen hinsichtlich des Gewerbeeinkommens des Klägers auf die Feststellung, daß die Schätzung (d. i. die der Veranlagungskommission) „im Vergleich zu anderen ähnlichen Geschäften keinesfalls als zu hoch angesehen werden könne" und bezüglich des Arbeitseinkommens auf die Ausführung, daß dieses „mit Rücksicht darauf, daß der Kläger längere Zeit ohne Arbeit gewesen sei, auf 550 M. herabgesetzt werde". Die Begründung nimmt also in den für die Entscheidung wesentlichen Punken lediglich auf die Ergebnisse des Veranlagungsverfahrens Bezug. Wie d i e s e Ergebnisse gewonnen worden sind, ist aber aus den Akten nicht zu ersehen. Auch die Erörterungen in der Berufungsinstanz bieten für eine Ergänzung der Entscheidung nach dieser Richtung hin keinen Anhalt. Denn sie beziehen sich, was das Gewerbeeinkommen anlangt, ausschließlich auf die Verhältnisse des Jahres 1911, und beschränken sich bezüglich des Arbeitseinkommens auf die Feststellung, daß der Kläger in der Tat vom August 1911 bis zum Juli 1912 beschäftigungslos war. Beide Momente sind jedoch, wie bei der Würdigung der Revisionsrügen bereits ausgeführt worden ist, für die Beurteilung der hier fraglichen Einkommenverhältnisse überhaupt nicht oder doch nicht ausschließlich maßgebend. § 54 und § 53 Abs. 4 EStG. und Art. 72 f., 78 und Art. 56 der AusfV. dazu schreiben vielmehr für die Er-

mittelung des Einkommens aus Handel und Gewerbe sowohl wie desjenigen aus gewinnbringender Beschäftigung vor, daß feststehende Einnahmen mit dem Jahresbetrage nach Maßgabe der zur Zeit der Veranlagung gegebenen Verhältnisse, unbestimmte und schwankende dagegen nach dem Durchschnitte der drei letzten Wirtschaftsjahre oder des etwaigen kürzeren Zeitraumes des Bestehens der Quelle, gegebenenfalls auch nach dem mutmaßlichen Jahresertrage der Quelle in Ansatz zu bringen sind. Darüber aber, welche diese Schätzungsmethoden im vorliegenden Falle anzuwenden war oder angewandt worden ist, oder ob überhaupt eine von ihnen befolgt worden ist, findet sich in den Akten einschließlich der Entscheidungsgründe nicht die geringste Andeutung.

Die Begründung der Entscheidung gibt demnach auch bei Heranziehung des Akteninhalts weder darüber Auskunft, auf welche tatsächlichen Unterlagen die Schätzungen der Berufungskommission sich stützen, noch läßt sie erkennen, ob bei den Schätzungen gesetzlich verfahren worden ist. Diese Mängel der Begründung stellen aber wesentliche Verfahrensmängel dar.

Der Art. 93 AusfB. schreibt zwar nur vor, daß die Entscheidungen der Berufungskommission „mit Gründen" zu versehen sind, ohne über Zweck, Inhalt und Umfang der Begründung Näheres zu bestimmen. Der Zweck einer solchen Begründung kann aber — das folgt schon notwendig aus der Beschränkung des Beschwerde- (Revisions-)Rechts auf R e c h t s verletzungen — nur der sein, einerseits den Steuerpflichtigen in den Stand zu setzen, sich über die Zulässigkeit des Rechtsmittels ein Urteil zu bilden, und andererseits dem Revisionsgerichte die selbständige Nachprüfung in bezug auf Rechtsverletzungen und Verfahrensmängel zu ermöglichen. Die Begründung muß daher, soll sie diesen Zweck erfüllen, über alle für die Entscheidung als erheblich erachteten Tatsachen sowohl wie darüber Aufschluß geben, ob und wie die maßgebenden Gesetzesvorschriften angewandt worden sind. Tut sie das nicht, so muß, falls sich nicht etwa die notwendige Ergänzung aus dem Akteninhalte mit Sicherheit ergibt, angenommen werden, daß die darin übergangenen Umstände außerhalb der Erwägungen der Berufungskommission geblieben sind. (Vgl. F u i s t i n g, Direkte Steuern 1 Anm. 14 zu § 48; 4, § 115.) Ihre Entscheidung beruht dann auf unvollständigen Erwägungen und damit auf einem mangelhaften Verfahren, und sie verstößt demnach, wenn der Mangel für die Entscheidung wesentliche Umstände betrifft, gegen das Gesetz (Art. 15 Ziffer 2 des Staatsvertrags vom 15. Dezember 1910).

Demnach beruht auch die angefochtene Entscheidung, wie nach

dem schon Ausgeführten nicht weiter begründet zu werden braucht, auf wesentlichen Verfahrensmängeln. Sie war daher nach Art. 39 des Staatsvertrags aufzuheben und, da die Sache nicht spruchreif ist, an die Vorinstanz zurückzugeben.

Beschluß vom 19. Dezember 1912, ER 43/12.

3. Weimarisches Staatseinkommensteuergesetz vom 11. März 1908. § 21b ist durch Nichtanwendung verletzt, wenn seine Anwendbarkeit nicht erörtert wird, obwohl ein Anspruch auf die Ermäßigung geltend gemacht ist. — Es ist unzulässig, eine Berufung lediglich wegen Beweisfälligkeit des Steuerpflichtigen zurückzuweisen.

Der Kläger war für das Steuerjahr 1912 mit 600 M. Arbeitsverdienst als Schneider neben 80 M. Grundeinkommen und unter Zubilligung einer Ermäßigung von 100 M. nach § 21 EStG. zur Staatseinkommensteuer eingeschätzt worden. Er legte hiergegen Berufung ein, worin er bat, ihn mit Rücksicht darauf, daß er infolge eines Fußleidens gebrechlich und seine Frau seit längerer Zeit nervenleidend und arbeitsunfähig sei, von der Steuer freizustellen. Die Berufungskommission ermäßigte die Einschätzung des Arbeitsverdienstes auf 550 M., lehnte aber „jede weitere Ermäßigung als ungerechtfertigt ab, da Berufender den verlangten Nachweis über den vorjährigen Verdienst nicht erbracht habe". Gegen diese Entscheidung wurde rechtzeitig Revision eingelegt mit der Begründung, daß die Schätzung des Arbeitsverdienstes zu hoch sei, weil der Kläger bei seiner Gebrechlichkeit nicht mehr als 11 bis 12 M. wöchentlich verdienen könne, und daß ihm zudem bei dem Leiden seiner Frau und den dadurch verursachten Ausgaben von seinem Verdienst nur wenig über 400 M. im Jahr zum Lebensunterhalt verbleibe. Das Oberverwaltungsgericht gab der Revision aus folgenden Gründen statt.

Die Anführungen der Revisionsbegründung sind zwar nur tatsächlicher Art, sie enthalten jedoch die Rüge einer Rechtsverletzung. Denn die Sachdarstellung des Klägers, die er in wesentlich gleicher Form bereits in der Berufungsinstanz gegeben hat, deutet auf Umstände hin (eigene Gebrechlichkeit, andauernde Krankheit der Frau), die gegebenenfalls die Voraussetzung für die Gewährung einer Ermäßigung nach § 21b EStG. bilden können. Diese Frage hat aber die Berufungskommission offenbar gar nicht erörtert und geprüft. Denn in der Herabsetzung des von den Veranlagungsbehörden ge-

schätzten Arbeitsverdienstes um 50 M. kann die Zubilligung einer solchen Ermäßigung schon deshalb nicht erblickt werden, weil die Ermäßigung nach § 21 b, wenn sie gewährt wird, mindestens 100 M. betragen muß. Die Tatumstände, die eine Anwendung des § 21 b rechtfertigen würden, haben außerdem auf die Feststellung (die Schätzung) des steuerpflichtigen Einkommens selbst an sich keinen Einfluß, sondern sie begründen nur eine mindere Steuerpflicht des im übrigen ohne Berücksichtigung dieser Tatumstände nach den gewöhnlichen Regeln zu ermittelnden Einkommens. Einen Anhalt dafür, daß die Vorinstanz das Vorliegen eines die Anwendung des § 21 b rechtfertigenden Tatbestandes verneint habe, enthalten die Akten wie auch die Entscheidung ebenfalls nicht. Eine Versagung der Ermäßigung hätte auch der besonderen Begründung um so mehr bedurft, als dem Kläger die Ermäßigung nach § 21 b früher gewährt worden ist.

Nun ist zwar die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Gewährung einer Ermäßigung nach § 21 b vorliegen, an sich tatsächlicher Natur und deshalb endgültig Sache der Schätzungsbehörden. Auch ist nach dem Gesetz die Gewährung überhaupt nur fakultativ. Indessen jedes behördliche Ermessen findet in der Pflichtmäßigkeit seine gesetzliche Schranke. Daraus ergibt sich hier vor allem die Verpflichtung der Veranlagungsbehörden, die Prüfung, ob etwa der § 21 b anzuwenden ist, vorzunehmen, sobald ein Anspruch auf die Ermäßigung in erkennbarer Weise geltend gemacht wird, und es wird das Gesetz durch Nichtanwendung des § 21 b verletzt, wenn diese Prüfung ungerechtfertigt unterbleibt. Da dies hier nach dem vorher Angeführten geschehen ist, war die Vorentscheidung nach Art. 37 und 39 StV. aufzuheben. Da ferner die Frage der Anwendung des § 21 b zunächst noch in tatsächlicher Hinsicht zu erörtern ist, mußte die Sache auch nach Art. 39 StV. an die Vorinstanz zurückgegeben werden. Dabei mag gegenüber der Ausführung der Vorentscheidung, daß jede weitere Ermäßigung als ungerechtfertigt abzulehnen gewesen sei, weil der Berufende den verlangten Nachweis über den vorjährigen Verdienst nicht erbracht habe, auch darauf hingewiesen sein, daß die Weimarische Einkommensteuergesetzgebung nur eine Auskunftspflicht für den Steuerpflichtigen statuiert (§ 42 EStG.), dagegen eine Beweispflicht, insbesondere auch im Berufungsverfahren hinsichtlich behaupteter Ueberschätzungen nicht kennt (vgl. § 70 EStG.).

Eine Berufung lediglich wegen Beweisfälligkeit des Steuerpflichtigen zurückzuweisen, verstößt daher gegen das Gesetz.

Urteil vom 23. Dezember 1912, C 30/12.

4. Eigenhändige Unterzeichnung der Berufung in Steuersachen (Weimar).

Bader und sein Sohn sind für das Steuerjahr 1912 zur Staatseinkommensteuer im Großherzogtum Sachsen veranlagt worden. Sie legten rechtzeitig Berufung ein, dabei vertrat der Vater den erst 20-jährigen Sohn. Die Berufungsschrift war unterzeichnet „Ehrhard Bader". Im Laufe der Berufungserörterung, nach Ablauf der Berufungsfrist, stellte es sich heraus, daß die Unterschrift ebenso wie der Text von dem 23-jährigen Sohn Alfred Bader geschrieben ist. Der Gemeindevorstand, der dies feststellte, berichtete gleichzeitig, daß der Vater die Berufung aufgestellt und sie durch seinen Sohn habe schreiben und unterschreiben lassen. Die Berufungskommission hat die Berufungen, weil sie nicht rechtswirksam eingelegt seien, verworfen: der Sohn habe sie ohne jeden aufklärenden Vermerk unterschrieben und dieser Mangel sei nach Ablauf der Berufungsfrist nicht mehr zu heben.

Die rechtzeitig eingelegte Revision rügt unrichtige Schätzung, aber auch, daß die Berufung als unwirksam verworfen sei, obwohl die Ermächtigung des Vaters das Vorgehen des Sohnes decke.

Die Revision ist wegen eines für die Entscheidung wesentlichen Mangels im Verfahren begründet.

Das Weimarische Einkommensteuergesetz vom 11. März 1908 schreibt im Art. 69 vor, daß der Steuerpflichtige die Berufung schriftlich einzureichen hat. Auch im öffentlichen Recht wird die schriftliche Form dadurch erfüllt, daß der Aussteller die Urkunde eigenhändig durch Namensunterschrift unterzeichnet (vgl. für das Privatrecht § 126 BGB.). Die Berufungskommission bezweifelt nicht die Zulässigkeit einer Vertretung bei der Einreichung von Berufungen. Dem ist zuzustimmen. Alsdann ist der Vertreter derjenige, der die Urkunde ausstellt. Der Vertreter als Aussteller der Urkunde muß sie unterzeichnen. Aber in welcher Weise? Durch Namensunterschrift sicher, aber durch Unterschreiben mit seinem Namen oder mit dem des Machtgebers? Früher nahm man an, daß das Recht der Namensunterschrift ein Ausfluß der Persönlichkeit und deshalb nicht übertragbar sei, aber diese Ansicht ist seit langer Zeit aufgegeben. Heute wird sogar bei Unterzeichnung eines Wechselakzeptes anerkannt (vgl. insbesondere RGZ. 50, 51), daß der Vertreter den Namen des Machtgebers zeichnen darf, wenn sich die Vollmacht darauf erstreckt. Es ist im Regelfalle, also soweit nicht in Ausnahmefällen etwas anderes bestimmt ist, zweierlei zulässig: entweder der Vertreter zeichnet mit

seinem Namen, alsdann hat er anzugeben, daß er für den Machtgeber auftritt, oder er zeichnet mit dem Namen des Vertretenen. In beiden Fällen muß Vertretungsmacht bestehen, also Vollmacht erteilt sein, bei Zeichnung mit dem Namen des Vertretenen muß die Vollmacht sich auch hierauf erstrecken.

Die Vollmacht kann mündlich durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt werden, ob auch in anderer Weise kann hier unerörtert bleiben. Es fragt sich nur, ob die Vollmacht, weil die Berufung schriftlich eingereicht werden muß, schriftlich erteilt und — bejahendenfalls — ob sie innerhalb der Berufungsfrist eingereicht sein muß. Das nimmt das Oberverwaltungsgericht nicht an. Das Gesetz enthält keine dahingehende Vorschrift. Die schriftliche Vollmacht ist nur Beweismittel für den Akt der Bevollmächtigung. Es ist nicht ausgeschlossen, den Beweis auch mit den sonst zulässigen Beweismitteln zu führen.

Daraus folgt, daß die Berufungskommission, wenn sie die Vertretungsmacht des Ausstellers der Urkunde — der Berufungsschrift — anzweifelte, den Nachweis der Bevollmächtigung fordern mußte, und zwar war der Nachweis zu führen, daß Alfred Bader damals, als er für den Vater unterschrieb, ermächtigt war, die Urkunde für ihn und mit des Vaters Namen zu unterzeichnen. Dagegen kommt nichts darauf an, daß der Sohn ohne jeden aufklärenden Vermerk über die Vertretung unterschrieben hat. Er hätte die Vertretung nur erwähnen müssen, wenn er sie mit seinem Namen unterschrieb.

Urteil vom 16. Januar 1913, C 27/12.

5. **Akkordlöhne sind bei der Steuerveranlagung nach dem Durchschnitt der 3 letzten Jahre in Ansatz zu bringen (Weimar).**

D. ist für das Steuerjahr 1912 mit Einkommen aus Arbeit im Betrage von 1350 M. zur Staatseinkommensteuer veranlagt worden. Der Veranlagung liegt folgende Rechnung zugrunde: D. hat im Jahre 1911 an 253 Tagen in einer Werkzeugmaschinenfabrik 1247,11 M. verdient, durchschnittlich also täglich 4,92 M.; er würde danach im Jahre 1912 an 300 Tagen 1476 M. verdienen. An dieser Summe sind 126 M. gekürzt, die er für Versicherungsbeiträge sowie für Fahrten vom Wohnort an die Arbeitsstelle ausgeben muß, es bleiben dann 1350 M.

Die Berufungskommission hat diese Veranlagung gebilligt. Gegen ihre Entscheidung hat D. rechtzeitig Revision eingelegt. Er meint,

der Einschätzung für 1912 könne kein anderer Betrag als sein tatsächlicher Verdienst im Jahre 1911, nämlich 1247,11 M., zugrunde gelegt werden, wovon dann die Unkosten abgingen. Er beantragt entsprechende Herabsetzung des Steuerkapitals.

D. hat im Jahre 1911 infolge eines Streikes nur an 253 Tagen gearbeitet. Diese Arbeitsunterbrechung berechtigt nicht zu der Annahme, daß er auch im Jahre 1912 nicht an vollen 300 Arbeitstagen zu verdienen in der Lage sei. Das Gesetz will wohl Unterbrechungen von Arbeitsverhältnissen berücksichtigt wissen, aber doch nur dann, wenn es sich um Saisonarbeiter handelt oder in anderen Fällen, wenn nach den persönlichen oder beruflichen Verhältnissen des Arbeiters mit zeitweiligen Arbeitsunterbrechungen zu rechnen ist (Art. 79 Abs. 2 Weim. AusfV. vom 19. Juli 1898). Ein solcher Ausnahmefall liegt bei D. nicht vor. Ist danach die geringe Höhe des Arbeitsverdienstes im Jahre 1911 auch nicht entscheidend für die Veranlagung im Steuerjahre 1912, so ist sie doch mitentscheidend, weil D. Akkordarbeiter mit unbestimmten Bezügen ist. Diese Tatsache haben die Vorinstanzen völlig übersehen. Sie ist für die Steuerveranlagung erheblich. Denn nach Art. 78 Abs. 1 AusfV. zum EStG. sind bei der Ermittlung des Einkommens aus Arbeit unbestimmte Bezüge nach dem Durchschnitt der drei der Veranlagung unmittelbar vorausgegangenen Jahre in Ansatz zu bringen. Die Ausführungsverordnung läßt keinen Zweifel darüber, daß sie Akkordlöhne als unbestimmte Bezüge angesehen haben will. Vgl. Art. 79 Abs. 1 daselbst. Bei der vorgeschriebenen Ermittlung des Arbeitseinkommens kommt dem Kläger die Tatsache, daß er infolge von Streik im Jahre 1911 einen Verlust an Einkommen erlitten hat, zu gute, — wenn auch nicht in dem vollen Umfange, den er seiner Revisionsausführung zugrunde legt. Durch die Nichtberücksichtigung der Ausführungsverordnung ist der Kläger in seinen Rechten verletzt; die angefochtene Entscheidung ist deshalb aufzuheben.

Urteil vom 16. Januar 1913, C 16/12.

6. In den altenburgischen Städten kann das Ortsstatut bestimmen, daß Beamte bei der Klasseneinteilung zur Gemeindewahl nur mit ihrem steuerpflichtigen Einkommen berücksichtigt werden.

Die Kläger genießen als Beamte auf Grund des Altenburgischen Gesetzes vom 14. Dezember 1855 (GS. 222) noch das Kommunalsteuerprivileg. Mit Rücksicht hierauf sind sie in der nach dem Dreiklassenwahlsystem aufzustellenden Gemeindewählerliste nur mit einem

zwei Dritteln ihres Diensteinkommens entsprechenden Steuersatz berücksichtigt und danach in die dritte Abteilung aufgenommen, während sie bei einer Veranlagung mit vollem Diensteinkommen in die zweite Abteilung gekommen wären. Hiergegen haben sie bei dem Stadtrat in Meuselwitz Einspruch und nach dessen Zurückweisung beim Herzoglichen Staatsministerium Beschwerde erhoben. Das Ministerium hat die Beschwerden durch gleichlautende Bescheide vom 10. und 23. Oktober 1912 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidungen richtet sich die Anfechtungsklage.

Die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts ist nach Art. 16 des Staatsvertrages vom 15. Dezember 1910 und § 1 Abs. 1 Ziff. 2, § 2 Abs. 1 Ziff. 2 und § 7 AltbgAG. vom 18. März 1912 gegeben. Die Zulässigkeit der Klage ist in Hinsicht auf die Art. 24, 28 Ziff. 3 des Staatsvertrages nicht zu beanstanden.

Sachlich ist die Klage aber nicht begründet. Die Behandlung der Kläger bei Aufstellung der Gemeindewählerliste entspricht der Meuselwitzer Stadtordnung vom 6. August 1908, deren § 5 bestimmt:

Für die Wahl werden die Stimmberechtigten nach Maßgabe ihrer Einschätzung zu den direkten Staatssteuern in 3 Abteilungen geteilt. Staatssteuern von Einkommen oder Grundbesitz oder Gewerbe, die zu den Gemeindeabgaben nicht herangezogen werden, bleiben außer Ansatz. Solchenfalls erfolgt die Feststellung des anrechnungsfähigen Betrages durch den Stadtrat nach Maßgabe der für die Staatssteuer geltenden Vorschriften.

Zu einem Einkommen, welches zu den Gemeindeabgaben nicht herangezogen wird, gehört nach dem Sinn dieser ortsstatutarischen Bestimmung auch das Diensteinkommen der Beamten, soweit es nach dem Gesetz vom 14. Dezember 1855 für die Gemeindesteuer nicht in Anschlag zu bringen ist; denn das Meuselwitzer Ortsstatut zum Gemeindesteuergesetz vom 5. Oktober 1905 besagt (vgl. § 8 m) „befreit von der Einkommensteuer sind . . . . . . Staatsbeamte . . . . bezüglich eines Drittels ihres Diensteinkommens“, faßt also das Kommunalsteuerprivileg nicht so auf, wie es die Kläger aufgefaßt wissen wollen, daß das ganze Diensteinkommen besteuert und nur mit einem geringeren Steuersatz belegt wird, sondern so, daß ein Teil des Diensteinkommens überhaupt nicht Gegenstand der Besteuerung ist.

In der Meuselwitzer Stadtordnung liegt mithin die Bestimmung, daß die Beamten ein ihrer minderen Kommunalsteuerpflicht entsprechend minderes Wahlrecht haben sollen. Die Kläger stehen nun auf dem Standpunkt, daß eine solche ortsstatutarische Bestimmung ungültig

sei, da sie der Altenburgischen Städteordnung sowie dem darin aufrecht erhaltenen Gesetz, das Verhältnis der unmittelbaren Staatsbeamten zu den Gemeinden betreffend, vom 14. Dezember 1855 widerspreche. In § 38 der Städteordnung sei eine Abstufung des Wahlrechts nach dem wirklichen Einkommen gesetzlich angeordnet und auch aus dem Gesetz von 1855 sei der Grundsatz zu entnehmen, daß das Wahlrecht der Beamten nicht mit Rücksicht auf ihre mindere Steuerpflicht beschränkt werden dürfe. Diese Einwände sind nicht begründet. Allerdings ist eine ortsstatutarische Bestimmung über das Gemeindewahlrecht nur im Rahmen der Vorschriften der Städteordnung zulässig, diese aber enthalten bei näherem Zusehen keine Bestimmung, wie sie die Kläger annehmen, lassen vielmehr der ortsstatutarischen Bestimmung in dem hier streitigen Punkte freie Hand. Der maßgebende § 38 der Städteordnung lautet:

Der Wahl ist eine Einteilung nach Klassen nach dem Ergebnis der Steuereinschätzung (Zensus) zugrunde zu legen.

Durch Ortsstatut kann festgesetzt werden,

1. daß der Gemeindebezirk in mehrere Wahlkreise geteilt wird;
2. daß die Zahl der zu Wählenden unter diese Bezirke geteilt wird;
3. daß die Wahl in jeder Klasse oder jedem Bezirk für einen bestimmten Teil der zu Wählenden vorgenommen wird.

Die Kläger meinen, daß alles auf die Auslegung des Begriffs Zensus ankomme, Zensus bedeute: Bestimmung nach dem Einkommen, nicht nach dem Steuersatz. Das ist unrichtig. Wenn man bei einem Wahlsystem von Zensus spricht, so ist damit an sich nichts weiter gesagt, als daß Unterschiede nach Vermögensgesichtspunkten gemacht werden, sei es, daß das Wahlrecht abhängig gemacht wird von einem Zensus oder abgestuft nach einem Zensus. Darüber, wie der ökonomische Gesichtspunkt zur Geltung zu bringen ist, sagt das Wort Zensus allein nichts: Ein Zensus kann Vermögenszensus, Einkommenzensus oder Steuersatzzensus sein. Welcher Zensus gemeint ist, ist in jedem Fall nur aus den besonderen gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen. Der Zensus, von dem der Erwerb des Bürgerrechts in § 10 der Altenburgischen Städteordnung abhängig gemacht ist, ist z. B. ein Steuersatzzensus (vgl. Landtagsblätter 1895/7 S. 493, 497). Einen besonderen Begriff des Zensus stellt auch die Entscheidung des Sächs. Oberverwaltungsgerichts vom 7. Oktober 1909 (Jahrb. des Kgl. Sächs. OVG. 14, 50), auf die sich die Kläger besonders berufen, nicht auf. Diese Entscheidung stellt lediglich fest, daß beim Kinderprivileg in der Herabsetzung der Steuerstufe nicht eine geringere Einschätzung des

Einkommens zu sehen sei. Sie hebt ausdrücklich hervor, daß die Bedeutung des Kinderprivilegs „nicht darin liegt, daß nur ein Teil des Einkommens zur Steuer herangezogen wird, vielmehr soll hier das Einkommen in demselben Umfange steuerpflichtig bleiben wie in allen anderen Fällen und nur die Steuersätze sollen niedriger sein als sonst". Nicht ist damit gesagt, daß jeder Zensus ein Einkommenzensus sei.

Einen Anhalt dafür, welcher Art die Klasseneinteilung, der Zensus sein soll, können danach lediglich die Worte „nach dem Ergebnis der Steuereinschätzung" geben. Das Wort Steuereinschätzung wird landläufig für verschiedene Stadien des Veranlagungsverfahrens gebraucht, für die Feststellung des steuerpflichtigen Einkommens (d. h. die Beantwortung der Frage, welches Einkommen überhaupt steuerpflichtig ist), für die Abschätzung dieses Einkommens und für die Bestimmung des Steuersatzes. Wenn aber, wie hier, schlechthin auf das Ergebnis der Steuereinschätzung hingewiesen ist, so wird man jedenfalls eher an den das Verfahren abschließenden Akt der Bestimmung des Steuersatzes als an die Feststellung und Abschätzung des Einkommens zu denken haben. Eine Bestimmung, daß das Wahlrecht nach dem wirklichen Einkommen, nicht nach dem zur Steuer veranlagten Einkommen oder dem Steuersatz abzustufen sei, ist daher aus § 38 unmittelbar nicht zu entnehmen. Aber auch mittelbar wird es durch die Vorschrift des § 38 nicht ausgeschlossen, die Besonderheit der kommunalen Besteuerung des Diensteinkommens bei der Abstufung des Wahlrechts zu berücksichtigen. In dieser Hinsicht ist zunächst zu beachten, daß es in dem Wortlaut des Gesetzes ausdrücklich nicht verboten ist, die Steuereinschätzung zu den Kommunalsteuern zugrunde zu legen. Denn es ist nicht, wie z. B. in § 10 Ziff. 5 der Städteordnung, ein ausdrücklicher Hinweis nur auf die Einschätzung zu den Staatssteuern gegeben. Es ließe sich danach vielleicht auch die Ansicht vertreten, daß die Frage, ob das Ergebnis der staatlichen oder kommunalen Steuereinschätzung der Klasseneinteilung zugrunde gelegt werden soll, überhaupt offen geblieben, und danach für verschiedene ortsstatutarische Bestimmung Freiheit gelassen sei. Ein Einblick in die Verhandlungen über die Städteordnung weist indessen allerdings darauf hin, daß man bei Erlaß des Gesetzes an eine bestimmte Einschätzung, und zwar an die Einschätzung zu den Staatssteuern gedacht hat. Denn bei den Verhandlungen wurde von dem Regierungsvertreter ausdrücklich bemerkt: „er nehme doch wohl mit Recht an, daß die Zensuseinteilung nach der Einschätzung zu den Staatssteuern erfolgen soll",

wozu im Protokoll „Zustimmung" vermerkt ist (vgl. die Landtagsblätter 1897/8 S. 498). Es sollte offenbar ein für den ganzen Staat einheitlicher Maßstab gewonnen werden. Das bedeutet aber nur, daß das Verhältnis, in welchen das Einkommen zur Staatssteuer veranlagt wird, für die Klasseneinteilung maßgebend sein soll. Offen bleibt dabei, welches Einkommen in Betracht zu ziehen und wie es festzustellen ist. Hierfür sind die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen über die Steuerpflicht und das Einschätzungsverfahren unberührt geblieben. Wenn hätte bestimmt werden sollen, daß die Staatssteuerbeträge schlechthin ohne Rücksicht darauf, ob sie sich auf ein kommunalsteuerpflichtiges Einkommen beziehen, zur Grundlage der Klasseneinteilung zu nehmen seien, so hätte das, wie in § 10 des Gesetzes und in den Gesetzen anderer Staaten, die das Wahlrecht nach dem Betrage der gezahlten Staatssteuern bezw. Kommunalsteuern abstufen, ausdrücklich gesagt sein müssen. Sonach bleibt nach § 38 der Städteordnung den Kommunen zwar nicht die Freiheit, die örtliche Verschiedenheit der Kommunalbesteuerung zur Geltung zu bringen, wohl aber können sie bei näherer Bestimmung des Wahlrechts der für alle Kommunen gleichmäßig geltenden minderen Steuerpflicht der Beamten Rechnung tragen. Die Kläger vermissen eine gesetzliche Bestimmung, in der eine solche nähere Regelung des Zensus den Kommunen vorbehalten sei, da sie nicht unter die in Absatz 2 des § 38 ortsstatutarischer Bestimmung vorbehaltenen Festsetzungen falle. Die Bestimmung des Absatz 2 gestattet aber schon deshalb keinen Schluß dahin, daß sonst nähere ortsstatutarische Regelung ausgeschlossen sei, weil die Vorschrift des Absatz 1 ohne solche gar nicht ausführbar wäre.

Die vorstehende Auslegung des § 38 entspricht vielmehr der in den Motiven der Städteordnung ausdrücklich ausgesprochenen Absicht, „der ortsstatutarischen Regelung weitesten Spielraum zu lassen". Nach dem Regierungsentwurf war den Kommunen sogar völlige Freiheit gelassen, ob und in welcher Art sie eine Klasseneinteilung einführen wollten, und wenn schon dann das Dreiklassenwahlsystem obligatorisch gemacht wurde, so darf man darin keine größere Beschränkung der Autonomie der Kommunen sehen, als sich unbedingt aus der positiven Bestimmung des Gesetzes ergibt. Außerdem würde es der für die Einführung des Dreiklassenwahlsystems geltend gemachten Begründung nicht entsprechen, wenn man es den Kommunen ganz verschränken wollte, den Gesichtspunkt der Steuerleistung für die Kommune zur Geltung zu bringen, denn es wurde in dieser Begründung scharf hervorgehoben: „Die städtische Verwaltung sei vorzugsweise eine

Finanzverwaltung und es entspräche daher der Billigkeit im großen und ganzen mehr, daß diejenigen, die größere Lasten zu tragen haben, auch größere Rechte erhalten" (vgl. die Landtagsblätter S. 482). Die Kläger machen geltend, daß nach diesem Prinzip dann auch nicht eine Verschiebung des Wahlrechts durch höhere Kommunalsteuerzuschläge hätte ausgeschlossen werden dürfen, wie das bei der vom Ministerium angenommenen Auslegung des § 38 anzunehmen sei. Indessen folgt dieser Ausschluß aus dem angenommenen Grundsatz, daß örtliche Verschiedenheit in der Kommunalbesteuerung für die Regelung der Wahlberechtigung nicht von Einfluß sein solle, nicht ist damit jenes dem Dreiklassenwahlsystem zugrunde gelegte Prinzip der Beziehung von Recht und Leistung überhaupt aufgegeben.

Nach der Altenburgischen Städteordnung ist es also nicht ausgeschlossen, daß die Kommunen, wie es in § 5 der Meuselwitzer Stadtordnung geschehen, bei der ortsstatutarischen Regelung des Zensuswahlrechts eine beschränkte Kommunalsteuerpflicht berücksichtigen. Die dahin gehende allgemein gehaltene Bestimmung der Städteordnung wäre nur dann nicht auf das Kommunalsteuerprivileg der Beamten anzuwenden, wenn die besondere rechtliche Natur dieser Rechtseinrichtung einer entsprechenden Anwendung entgegenstünde. Das behaupten die Kläger unter Berufung auf das erwähnte Gesetz von 1855, aus dessen Bestimmungen hervorgehe, daß das Wahlrecht der Beamten nicht in der angegebenen Weise beschränkt werden dürfe. Sie weisen dabei zunächst auf den § 4 des Gesetzes hin, worin bestimmt ist:

> Mit der Erwerbung des Ortsbürgerrechts erlangen die Beamten sowohl alle Rechte als auch alle Pflichten, welche den übrigen Ortsbürgern der betreffenden Gemeinden als solchen zustehen und obliegen, insoweit nicht im gegenwärtigen Gesetze Ausnahmen hiervon bestimmt sind.

Dieser Grundsatz wird durch die Bestimmung des Meuselwitzer Ortsstatuts nicht verletzt. Gleiche Rechte mit den übrigen Ortsbürgern haben die Beamten, wenn für die Bemessung ihres Wahlrechts derselbe Maßstab wie für jene angelegt wird. Das aber ist nach der Stadtordnung der Fall, da für alle Ortsbürger gleichmäßig die Steuerleistung nach dem kommunalsteuerpflichtigen Einkommen zum Maßstab der Abstufung des Wahlrechts gemacht wird. Aber auch die nähere Begründung des in § 5 des Gesetzes gegebenen sogenannten Kommunalsteuerprivilegs rechtfertigt die Ausführung der Kläger nicht. Für die Feststellung dieses Rechts waren im Herzogtum Altenburg keine anderen Gründe maßgebend, als allenthalben in anderen Staaten. Im Vorder-

grund stand stets die Erwägung, daß das Diensteinkommen der Beamten bis auf den Pfennig erfaßbar ist, was bei dem Einkommen der anderen Bürger nicht der Fall war. Um zu einer gerechten Einschätzung des Einkommens zu gelangen, wurde daher festgesetzt, daß das Diensteinkommen der Beamten nur mit einem Teil in Anrechnung gebracht werden solle. Dieser Grund ist bei der erstmaligen Vorlegung des Gesetzes im Jahre 1854 sogar als der alleinige, für die Einführung maßgebende bezeichnet (vgl. Landtagsblätter 1854 S. 64/65). Weiter trat dann die Erwägung hinzu, daß der Beamte nicht so wie die übrigen Bürger mit der Kommune verwachsen sei, er habe infolge seiner Versetzbarkeit nicht die freie Wahl der Kommune und an den kommunalen Einrichtung kein solches Interesse wie der bodenständige Bürger, denn sein Einkommen sei nicht abhängig von dem Zustand dieser Einrichtungen. Erst später bei den Beratungen über Aufhebung des Privilegs wird dann noch weiter darauf aufmerksam gemacht, daß die Aufhebung tatsächlich wie eine Gehaltsverkürzung wirken würde, und ist dem Einwande, daß danach also die Kommune in Wirklichkeit für einen Gehaltsteil aufzukommen habe, mit dem Hinweis darauf begegnet, daß durch den Besitz einer Behörde eine Kommune auch einen materiellen Vorteil habe. Letztere Erwägung findet sich auch hie und da, um die objektive Billigkeit selbst einer geringeren Heranziehung der Beamten gegenüber den übrigen Bürgern zu rechtfertigen, die aber, wohlgemerkt, nach dem ursprünglichen Sinn der teilweisen Steuerbefreiung gar nicht vorlag. Auch diese Erwägungen haben bei der zweiten Vorlegung des gedachten Gesetzentwurfs im Jahre 1855 zum Teil Berücksichtigung gefunden (vgl. Landtagsblätter S. 63).

Faßt man nun diese ganze Begründung unter dem Gesichtspunkt, ob die geringere Steuereinschätzung von Einfluß auf das Wahlrecht sein darf, näher ins Auge, so ergibt sich, daß danach sogar eine Abstufung des Wahlrechts nach dem zur Einschätzung gelangenden Einkommen gerade durch den Grundsatz gefordert wird, daß die Beamten mit den übrigen Ortsbürgern gleiche Rechte und Pflichten haben sollen. Denn für die übrigen Ortsbürger bestand die Annahme, daß das zur Veranlagung kommende Einkommen geringer war als ihr wirkliches Einkommen. Stufte man also das Wahlrecht nach dem Einkommen ab, so würde man mit ungleichem Maß gemessen haben, wenn man bei den Beamten das wirkliche Einkommen, bei den übrigen Ortsbürgern nur das geringere erkannte berücksichtigte. Weil das Gesetz von 1855 die Gleichstellung in der Besteuerung herbeiführen will, liegt es im Sinne dieses Gesetzes, daß auch das Wahlrecht

lediglich nach dem Maßstab des eingeschätzten Einkommens erfolgt. Der Vorwurf, daß damit nicht die soziale Bedeutung des Beamtenstandes zur Erscheinung käme, hat deshalb hier keinen Platz oder trifft wenigstens nur das Wahlsystem selbst. Denn wenn schon bei der Zensuswahl auch der Gedanke zugrunde liegt, daß die Klasseneinteilung nach dem Einkommen zugleich im großen und ganzen eine Einteilung nach der ganzen sozialen Bedeutung sei, so fordert die Zensuswahl doch eben den Maßstab nach dem wirklichen Einkommen bezw. der wirklichen Steuerleistung und dieser ist wie gesagt zwischen Beamten und Ortsbürgern nach der Annahme des Gesetzes von 1855 nur zu finden, wenn man das Diensteinkommen, ebenso wie es tatsächlich bei dem Einkommen der Ortsbürger geschah, nicht voll bei der Einschätzung erfaßt. Auch die weitere, mehr im Hintergrunde liegende Erwägung, daß die Beamten ein minderes Interesse an den kommunalen Einrichtungen hätten, führt lediglich dahin, ein ihrer minderen Steuerpflicht entsprechend minderes Wahlrecht anzunehmen. Aus der Begründung der Aufrechterhaltung des Privilegs mit dem äquivalenten materiellen Interesse der Gemeinde an dem Besitz einer Behörde ist für die streitige Frage nichts zu folgern. Gerade wenn man, wie die Kläger wollen, die damalige Auffassung des Kommunalsteuerprivilegs zugrunde legt, wird man also die Abstufung des Wahlrechts nach der kommunalen Steuerleistung nicht als ungerecht beanstanden können. Bedeutsam ist in dieser Hinsicht auch der Hinweis auf die Rechtslage in Preußen, welche die Kläger mit Recht besonders berücksichtigt wissen wollen, denn in den Verhandlungen über das Gesetz von 1855 war ausdrücklich auf die preußische Gesetzgebung verwiesen, „in welcher ganz die im vorliegenden Entwurf hierüber gegebenen Normen Geltung haben“. In Preußen war damals eben erst durch die Städteordnung von 1853 (GS. S. 261 § 13) bestimmt, daß für das Wahlrecht der Betrag der wirklich gezahlten Gemeinde-, Kreis-, Bezirks-, Provinzial- und Staatsabgaben maßgebend sein sollte.. Der an Gemeindesteuern weniger zahlende Staatsbeamte hat danach auch ein minderes Wahlrecht. Und so ist übrigens die Rechtslage in Preußen auch heute noch. Das ist gerade in den Verhandlungen über das Gesetz über die Heranziehung der Beamten zur Gemeindesteuer vom 16. Juni 1909 (GS., S. 489), auf welche sich die Kläger berufen, ausdrücklich anerkannt. Es wurde besonders hervorgehoben, daß überall da, wo das Dreiklassenwahlsystem maßgebend sei, die privilegierten Beamten des politischen Vollrechts entbehrten und künftighin hinter den minder privilegierten, die mit der teilweisen Aufhebung des Privilegs ein

höheres politisches Recht gewönnen, zurückstehen würden (vgl. die Verhandlungen des preuß. Herrenhauses 1908/9 S. 200, 201). Auch irren die Kläger, wenn sie annehmen, daß hierin durch die preuß. Einkommensteuernovelle vom 26. Mai 1909 (GS. S. 349) eine Aenderung verfügt sei. Deren Art. 1, 5 enthält eine ganz singuläre Ausnahme für bestimmte Abzüge, während im übrigen die Rechtslage bestehend geblieben ist, wonach für das Wahlrecht der Betrag der zu entrichtenden Steuerbeträge, die Steuerleistung, maßgebend ist. In Preußen gilt danach auch heute noch das mindere Wahlrecht der Beamten als Folge ihrer minderen Steuerpflicht, und man wird es ebenso wenig im Herzogtum Altenburg als im Wesen der Rechtseinrichtung des Beamtenprivilegs begründet ansehen können, daß ihr keine Bedeutung für das Wahlrecht beigemessen werden dürfe. Die Anfechtungsklage ist nach alledem unbegründet und daher zurückzuweisen.

Urteil vom 11. Dezember 1912, ER 32/12.

Entscheidungen des Coburg-Gothaischen Verwaltungsgerichtshofes.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

1. Steuerrechtliche Behandlung von Pensionsfonds bei Sparkassen (Coburg).

In Coburg besteht ein Spar- und Hülfeverein mit juristischer Persönlichkeit, der nach seinen Statuten bezweckt, seinen Mitgliedern durch Spareinlagen die Ansammlung von Kapitalien zu ermöglichen. Die Einlagen betragen auf jeden Anteilschein rund 10 M. im Jahr. Im Jahre 1909 hatten 1430 Mitglieder auf 15873 Anteilscheine rund 940000 M. eingelegt. Zur Erreichung seines Zweckes hat der Verein eine Privatsparkasse gegründet, in der jedermann seine Einlage auf Sparbuch in üblicher Weise verzinst erhält. Die Einlagen der Vereinsmitglieder und die Bestände der Sparkasse sind in Hypotheken und Wertpapieren angelegt. Die Differenz zwischen den eingenommenen und den gezahlten Zinsen dient dazu, den Vereinsmitgliedern eine Dividende zuzuweisen. Die Sparkasse ist im Handelsregister unter der Firma: Kreditkasse des Spar- und Hülfevereins in Coburg eingetragen. Selbständige Rechtspersönlichkeit besitzt sie nicht, ihr Inhaber ist vielmehr der rechtsfähige Verein. Nach dem

Statut der Kreditkasse ist von den jährlichen Ueberschüssen ein bestimmter Teil dem Reservefonds zu überweisen, der Rest ist zur Ausschüttung der Dividende dem Verein zur Verfügung zu stellen. Das Geschäftsjahr der Kreditkasse schließt mit dem letzten Februar ab. Ihre Bilanz wird vom Vorstand der Kreditkasse aufgestellt und vom Vorstand des Spar- und Hülfevereins geprüft und abgenommen. Die Verfügung über die Ueberschüsse (nach Erfüllung des Reservefonds) steht dem Vorstand und Ausschuß des Vereins zu.

Für das Steuerjahr 1911 ist die Kreditkasse unter anderm mit einem Betrage von 3907,96 M. zur Einkommensteuer herangezogen worden, der sich nach der Bilanz der Kreditkasse vom 1. März 1910 als Erhöhung des Beamten-Pensionsfonds von 25129 M. auf 29037 M. darstellt. Die Berufungskommission hat davon schon den Betrag von 374 M. freigestellt, weil diese Summe aus Beiträgen der Beamten herrührt. Die Klage beim Verwaltungsgerichtshof erstrebt, daß auch der Rest von 3534 M. unbesteuert bleibt. Die Berufungskommission beantragt Abweisung der Klage.

Nach einem Pensionsstatut von 1908 ist den Beamten des Spar- und Hülfevereins sowie seiner Zweiganstalten aus dem Abwurf der Beamten-Pensionskasse ein Bezug von Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld in bestimmten steigenden Beträgen zugesichert. Es handelt sich dabei in der Hauptsache um die Beamten bei der Kreditkasse, und zwar um etwa 8 Personen (Kassierer, Kontrolleur, Assistent und Diener). Die Bilanz der Kreditkasse vom 1. März 1909 weist unter den Passiven den Beamten-Pensionsfonds in Höhe von 25129 M. aus. Eine Beamten-Pensionskasse mit selbständiger Rechtspersönlichkeit existiert nicht. Die Erhöhung am 1. März 1910 rührt her in Höhe von

374 M. aus Beiträgen der Beamten,

2000 „ Zuschuß der Kreditkasse gemäß § 15 unter d des Pensionsstatuts. Der Zuschuß ist im Voranschlag der Kreditkasse vorgesehen und im Juli 1909 gewährt werden,

460 „ weiterer Zuschuß aus Verwaltungsgebühren, die bei der Kreditkasse für den Verein vereinnahmt worden,

1074 „ Zinsen des Kapitalstocks (§ 15 unter a des Pensionsstatuts).

Der Standpunkt der Berufungskommission ist der, es handle sich um eine Vermehrung des Vermögens der Kreditkasse aus ihren Jahresüberschüssen, der Fonds stehe auf einer Linie mit dem Reservefonds, dessen jährliche Erhöhung unstreitig zur Einkommensteuer herangezogen werde.

Die Klägerin meint dagegen, der Fonds gehöre dem Spar- und Vorschußverein, er sei nur bei der Kreditkasse verzinslich angelegt. Er stelle einen aus dem Posten der Kreditoren herausgenommenen Schuldposten der Kreditkasse dar. Die Zuschüsse der Kreditkasse von 2000 und 460 M. zum Pensionsfonds seien statutenmäßige Schuldverbindlichkeiten der Kreditkasse an den Inhaber des Pensionsfonds, den Verein; sie seien Betriebsschulden der Kasse. Der Zinsertrag sei kein Ueberschuß der Kreditkasse, stehe vielmehr dem Verein als Besitzer des Pensionsfonds zu.

In der Vermögensaufstellung, die gesondert von der Bilanz der Kreditkasse für den Verein aufgestellt ist, findet sich kein den Pensionsfonds betreffender Posten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat der Klage stattgegeben.

Wenn die Veranlagung zur Steuer auf den Namen der Kreditkasse erfolgt ist, so ist damit doch der Steuerpflichtige gemeint. Steuerpflichtig ist allein der Spar- und Hülfeverein in Coburg. Die Kreditkasse ist nur der Name, unter dem der Verein sein kaufmännisches Sparkassenunternehmen betreibt.

Besteuert wird der Verein wegen seines Einkommens aus dem Sparkassengewerbe (Art. 9 Ziff. 4 des Cob. Einkommensteuergesetzes vom 2. Dezember 1908). Für Privatsparkassen gilt als steuerpflichtiges Einkommen der Reinüberschuß abzüglich der für kirchliche, mildtätige oder gemeinnützige Zwecke verwendeten Beträge (Art. 18 vorl. Abs. EStG. in der Fassung des Gesetzes vom 4. Juli 1910). Der Ausdruck „Reinüberschuß" ist den Worten „Reinertrag", „Reineinkommen" nachgebildet, der Nachbildung liegt aber ein unklarer Gedanke zugrunde. Vom Rohertrag gelangt man nach Abzug der Gewinnungskosten zum Reinertrag. Vom Roheinkommen eines Steuerpflichtigen verbleibt nach Kürzung gewisser Leistungen des Steuerpflichtigen das ihm zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse zur Verfügung stehende Reineinkommen. Um welche Abzüge oder Kürzungen es sich handeln soll, um vom Rohüberschuß zum Reinüberschuß vorzuschreiten, ist nicht zu erkennen. Die Abzüge der gemeinnützig verwendeten Beträge sind nicht gemeint, denn sie werden vom Reinüberschuß gemacht, um das steuerpflichtige Einkommen zu ermitteln. Vermutlich ist der Reinüberschuß nicht anderes, als der Ueberschuß überhaupt. Darunter versteht man den Zuwachs an Vermögen, der sich nach dem Jahresabschluß am Ende eines Geschäftsjahres gegenüber dessen Bestande am Anfange des betreffenden Jahres ergibt. Wo, wie hier, als Einkommensquelle nur Handel und Gewerbe in Betracht kommt, ist der

Ueberschuß mit dem geschäftlichen Reingewinn identisch, von dem Art. 18 Abs. 1 EStG. handelt. Die Bedeutung der Steuernorm für Privatsparkassen ist also die: es soll als Einkommen aus dem kaufmännischen Unternehmen der Geschäftsgewinn-Ueberschuß gelten, dieser aber nur in der Höhe steuerpflichtig sein, die sich nach Abzug der gemeinnützig verwendeten Beträge ergibt. Bei Steuerpflichtigen, welche, wie die Kreditkasse, nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs Handelsbücher führen, ist der Geschäftsgewinn unter Beachtung der Vorschriften in Art. 10—14 EStG. nach den Grundsätzen zu berechnen, wie solche für die Bilanz vorgeschrieben sind und sonst dem Gebrauch eines ordentlichen Kaufmannes entsprechen (Art. 18 Abs. 1).

Die Frage ist nur die, ob der zur Erhöhung des Pensionsfonds verwendete Betrag einen Teil des Ueberschusses darstellt oder ob die Zuweisung an den Pensionsfonds erfolgt sein muß, wenn man den Ueberschuß ermitteln will. Ihre Beantwortung ist von der Gestaltung der Beamtenversorgungen abhängig. Deshalb sind zunächst diese ins Auge zu fassen. Durch die Satzungen der Pensionskasse vom 29. April 1908 haben die Beamten von dem Verein weitgehende Versorgungsansprüche zugesichert erhalten. Diese Zusicherung hat rechtsverbindliche Kraft. Der Dienstvertrag hat durch das Statut eine Erweiterung erfahren. An der Annahme der Zusicherungen auf der Seite der Beamten ist nicht zu zweifeln, mag auch eine Annahmeerklärung gegenüber dem Verein nicht erfolgt sein (§ 151 BGB.) Da es ganz selbstverständlich war, daß kein Beamter die Wohltaten des Statuts zurückwies, erwartete niemand eine Annahmeerklärung. Das Statut gewährt, wie aus seinem Inhalt hervorgeht, einen Rechtsanspruch, nicht nur Aussichten auf künftige Versorgung. Zwar heißt es in § 17, daß in strittigen Fällen über die Ansprüche der Vorstand und Ausschuß des Vereins unter Ausschluß des Rechtswegs entscheiden. Das ändert aber nichts an der Anerkennung eines Anspruchs. Denn entweder handelt es sich hier um die Bestellung eines Schiedsgerichts oder die Bestimmung ist ungültig, weil sie gegen die zwingende Norm verstößt, daß ein Anspruch im Wege der Klage verfolgt werden kann.

Die Versorgungsansprüche sind teils bedingt teils betagt. Der Ruhegehaltsanspruch ist abhängig von dem Eintritt der Dienstunfähigkeit nach 10jährigem Dienst; der Witwen- und Waisenversorgungsanspruch knüpft an den Tod des pensionsberechtigten Beamten an. Mit der Anstellung eines jeden Beamten auf Grund des Pensionsstatuts entsteht eine Belastung des Vereins mit dem Kapital-(Zeit-)wert der

Versorgung. Bezüglich der bisherigen Beamten ist die Belastung mit der Einführung des Pensionsstatuts entstanden. Es entspricht nicht nur der Vorsicht, sondern dem Gebrauch bei jeder ordentlich geführten Sparkasse, daß sie dem Pensionsfonds alljährlich der Belastung entsprechende Zuwendungen macht. In welcher Höhe, bestimmt sich nach versicherungsmathematischen Grundsätzen. Auch der Laie kann erkennen, daß im vorliegenden Falle eine Jahreszuwendung von 3534 M. — unter Berücksichtigung der Nebeneinnahmen des Fonds und dessen Höhe — sehr gering bemessen ist.

Die Aehnlichkeit des Fonds mit dem allgemeinen Reservefonds, der etwaige Kapitalverluste decken soll, ist nicht zu verkennen. Der Pensionsfonds ist rechtlich nicht an den Versorgungszweck gebunden. Das Vereinsorgan ist befugt, die Verwendung des Fonds zu anderen Zwecken zu genehmigen. Der Fonds ist Kapitalansammlung. Die für ihn etwa ausgesonderten Effekten gehören im Konkurse des Vereins zur Konkursmasse, die Versorgungsansprüche der Beamten gehören zu den nicht-bevorrechtigten Konkursforderungen. Immerhin unterscheidet sich der Pensionsfonds von dem Reservefonds in dem wesentlichen Punkte, daß er zur Deckung rechtsverbindlich zugesicherter Ansprüche der Beamten dient. Er muß vorhanden sein, um dermaleinst, aber auch schon jetzt im Falle der Liquidation bestimmte Kosten zu erfüllen, die wie alle Ansprüche der Beamten den Charakter von Werbungskosten tragen.

Die Auffassung der Klägerin geht dagegen fehl. Von Schuldverbindlichkeiten der Kreditkasse gegenüber dem Verein kann keine Rede sein, weil die Kasse keine Rechtspersönlichkeit besitzt. Der Antrag der Klägerin aber ist begründet, weil es dem Gebrauche einer ordentlich geführten Sparkasse entspricht, den Kapitalzeitwert der Versorgungen zurückzulegen und erst nach dieser Rücklage ein Gewinn, ein Ueberschuß erzielt ist.

Urteil vom 29. Oktober 1912, B 10/12.

2. Auf welches Kalenderjahr sind Gehaltsnachzahlungen steuerrechtlich zu verrechnen (Coburg).

Der Kläger gab in seiner Steuererklärung vom 3. Februar 1911 525 M. Gehaltserhöhung nicht an, die ihm als Beamten der Stadt Coburg im Jahre 1910 für die Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 1909 nachgezahlt worden war. Die Einschätzungskommission billigte dies. Die Berufungskommission dagegen setzte die 525 M. dem

steuerpflichtigen Einkommen zu, das sich dadurch von 6368 M. auf 6893 M. erhöhte. Die Jahressteuer bestimmte sie dementsprechend auf 244 M. statt 220 M. Hiergegen richtet sich die Klage. Sie ist unbegründet.

Für die Entscheidung maßgebend ist Art. 13 Abs. 1 CobESt G. vom 2. Dezember 1908, wonach die Veranlagung nach dem Ergebnis des dem Steuerjahr unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahres erfolgt. Es fragt sich also, ob die Gehaltsnachzahlungen zum Ergebnis des Kalenderjahres 1910 zu rechnen und daher bei der Veranlagung für das Steuerjahr 1911/12 zu berücksichtigen sind. Das ist zu bejahen. Bei der Quelle: „Besoldungen" (Art. 9 Ziff. 2 EStG.) sind als Ergebnis des vorangegangenen Kalenderjahres die im Laufe dieses Jahres tatsächlich empfangenen Bezüge an Gehalt usw. anzusehen, ohne Rücksicht auf die Zeit der Tätigkeit, für die die Vergütung das Entgelt bilden soll. Das folgt schon aus dem Begriff: „Ergebnis" und entspricht dem Zweck des Gesetzes, das den tatsächlichen Anfall an Einkommen steuerlich erfassen will. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch § 15 Abs. 3 der Ausführungsanweisung vom 31. März 1909 bestätigt, wonach bei Berechnung der Gehälter usw. (Art. 16 EStG.) sämtliche dem Steuerpflichtigen zugesicherten oder tatsächlich gewährten Leistungen in Ansatz zu bringen sind. Und ebenso legt das Preußische Oberverwaltungsgericht den Begriff: „Ergebnis" in § 9 Nr. 2 PreußEStG. vom 24. Juni 1891/19. Juni 1906 aus (OVerwGE. 59, S. 176f., 179, 181, auch Entsch. dess. in Staatssteuers. 11, 31; 13, 73). Da Art. 13 Abs. 1 CobEStG. dem § 9 Nr. 2 genau nachgebildet ist, kann er nicht wohl anders als dieser verstanden werden.

Nun ist allerdings dem Preußischen Oberverwaltungsgericht zuzugeben, daß der Begriff des tatsächlichen Empfangs nicht überspannt werden darf (s. die Urteile des 2. Senats vom 12. Mai und 27. Juni 1911 OVerwGE. 59, 175—180). Der rein tatsächliche Empfang kann nicht in dem Sinne maßgebend sein, daß es auf ihn allein ankäme ohne jede Rücksicht auf die rechtliche Möglichkeit der Empfangnahme. Die gegenteilige Annahme würde, wie das Oberverwaltungsgericht zutreffend darlegt, zu seltsamen Folgerungen führen (OVerwGE. 59, 177). Entscheidend ist in Fällen, wie dem vorliegenden, nicht rein äußerlich der Zeitpunkt des Empfangs der nachgezahlten Gehaltserhöhungen, sondern der Zeitpunkt, in dem diese zur rechtlichen Entstehung gelangt und fällig geworden sind. Er fällt hier in das Jahr

1910, denn erst in diesem Jahre ist durch die Festsetzung der neuen Besoldungsordnung das Recht der Beamten auf die Nachzahlungen begründet worden. Zu Unrecht beruft sich der Kläger für seine abweichende Ansicht auf die Entscheidung des Preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 12. Mai 1911 (59, 177; s. auch das Urteil vom 27. Juni 1911, das. S. 179). Dieser Entscheidung liegt ein anderer Tatbestand zugrunde. Das Preußische Gesetz vom 26. Mai 1909, um dessen Auslegung es sich dort handelt, hat den in § 1 Nr. 1 und § 2 Abs. 1 enthaltenen Vorschriften über die Gehaltsaufbesserung rückwirkende Kraft vom 1. April 1908 ab beigelegt, um die den Beamten von da in Aussicht gestellte Erhöhung der Gehälter zu verwirklichen. Und es hat sich auch Gültigkeit zugeschrieben für die seit dem Beginn des Etatjahres 1908 aus dem Dienst geschiedenen Beamten, mit der Wirkung, daß auch die Pensionen der nach dem 1. April 1908 in den Ruhestand getretenen Personen und die Versorgungsansprüche der Hinterbliebenen der seit dem 1. April 1908 verstorbenen Personen anderweit festgesetzt worden sind. Daraus folgert das Oberverwaltungsgericht: Das Gesetz wolle es so angesehen wissen, als ob schon vom 1. April 1909 ab allen damals im Dienst stehenden Beamten — ohne Rücksicht auf den späteren Wegfall des Amtes und der Einkommensquelle — das zugestanden habe, was ihnen durch die neuen Vorschriften gewährt wurde. Es unterstelle also, daß die in ihm festgesetzten Gehaltserhöhungen bereits am 1. April 1908 rechtlich zur Entstehung gelangt und fällig geworden seien. Nur die rein tatsächliche Auszahlung auf der einen und die Empfangnahme durch die Berechtigten auf der anderen Seite sei durch seine Verabschiedung hinausgeschoben worden. Das sei aber rechtlich bedeutungslos (Entsch. des PrOVerwG. 59, 177 f.).

Derselbe Gedankengang liegt auch der Entscheidung vom 27. Juni 1911 (Bd. 59, 178 f.) zugrunde, in der das Preuß. Oberverwaltungsgericht das Reichsbesoldungsgesetz vom 15. Juli 1909 ebenso auslegt, weil es sich in § 47 Abs. 1 rückwirkende Kraft vom 1. April 1908 ab beigelegt habe.

Nicht der steuerliche Begriff: „Ergebnis" ist es also, der für die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts bestimmend ist, sondern die rechtliche Fiktion, die sich aus den Sonderregeln der Besoldungsgesetze über die rückwirkende Kraft und deren Tragweite ergibt. Der neuen Besoldungsordnung, die im Jahre 1910 durch Beschluß der städtischen Organe in Coburg für die dortigen städtischen Beamten eingeführt

ist, fehlt diese rückwirkende Kraft und muß sie fehlen. Denn nur ein Gesetz hat die Kraft, seine Wirkungen auf einen früheren Zeitpunkt zurückzubeziehen. Die neue Besoldungsordnung für die städtischen Beamten in Coburg ist daher erst zur Zeit ihres Erlasses, also im Jahre 1910, wirksam geworden. Wenn sie die Nachzahlung der erhöhten Gehaltssätze auch für die Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 1909 vorsah, so konnte und wollte sie damit nicht aussprechen, daß es so angesehen werden sollte, als ob die Erhöhungen bereits am 1. April 1909 rechtlich existent geworden seien. Diese Anordnung hatte vielmehr nur die rein tatsächliche Bedeutung, daß die erhöhten Bezüge aus Billigkeitsrücksichten für die Vergangenheit nachverwilligt wurden. Für die Fiktion, die das Oberverwaltungsgericht anwendet, ist daher kein Raum.

Die nachgezahlten Gehaltsteile (525 M.) sind demnach dem Ergebnis des Kalenderjahres 1910 zuzusetzen, in dem sie tatsächlich und rechtlich angefallen sind.

Das entspricht auch allein der Steuergerechtigkeit, die den obersten Grundsatz der Veranlagung bilden soll. Würde man die Nachzahlung dem Jahre 1909 zuweisen, so würde sie von der Steuerpflicht nicht ergriffen werden, sondern ins Freie fallen (abgesehen vielleicht von den Zinsen des Kapitalzuwachses, vgl. PrOVerwGE. in Staatssteuers. 14, 175), denn im Jahre 1909 ist die Gehaltserhöhung rechtlich noch nicht zur Entstehung gelangt, sie konnte daher auch nicht bei der Veranlagung für das Steuerjahr 1910/11 berücksichtigt werden. Den nachgezahlten Betrag völlig freilassen, hieße aber den Kläger gegenüber anderen Steuerpflichtigen ungerecht bevorzugen (etwa gegenüber solchen, die nachträglich eine garantierte Tantieme beziehen). Tatsächlich war ja auch seine Leistungsfähigkeit im Jahr 1910 um die nachgezahlten Gehaltsraten gesteigert. Die Leistungsfähigkeit aber soll den Umfang der Steuerpflicht bestimmen.

Freilich erleidet der Kläger dadurch einen Nachteil, daß er für das Steuerjahr 1911/12 mit einem sein Jahresgehalt übersteigenden Einkommen veranlagt und daher (infolge der progressiven Besteuerung) zu einer höheren Steuer herangezogen wird. Diese Benachteiligung muß er aber mit Rücksicht auf seinen tatsächlichen Einkommenszuwachs mit in Kauf nehmen, zumal da sie, verglichen mit der Steuerfreiheit des nachgezahlten Betrags, die geringere Unbilligkeit enthält.

Urteil vom 29. Oktober 1912, B 12/12.

Veränderungen im Bestande
der im Bezirk des Oberlandesgerichts Jena angestellten Richter, Staatsanwälte, Gerichtsvollzieher im Jahre 1912.

Zusammengestellt von Kanzleirat Helmrich.

Altenburg (Landgericht): Dr. Patuschka, Landrichter seit 1. Februar 1913, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des am 15. Oktober 1912 zum Regierungsrat ernannten Landgerichtsrats Krause.

Schmölln (Amtsgericht): Lossius, Amtsrichter, wurde zum Vorstand des Amtsgerichts mit dem Titel „Amtsgerichtsrat" ernannt 1. Mai, an Stelle von Mahn. — Senf, Amtsrichter seit 1. Mai, bisher Gerichtsassessor. — Raubold, Gerichtsvollzieher seit 1. Mai.

Eisenach (Amtsgericht): Pilz, Oberamtsrichter, erhielt den Titel „Geh. Justizrat", 25. Oktober. — Dr. Hartmann, Amtsrichter seit 1. Januar 1913, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Staatsanwalt in Weimar ernannten Amtsrichter Dr. Schmidt.

Gerstungen (Amtsgericht): Weidenbach, Gerichtsvollzieher nach Apolda versetzt.

Gera (Amtsgericht): Dr. Völkel, Amtsrichter, erhielt den Titel „Amtsgerichtsrat", 28. Mai. — Busch, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher Gerichtsassessor, an Stelle von Bauer.

Hirschberg (Amtsgericht): Bauer, Amtsrichter seit 15. Juli, bisher Amtsrichter in Gera, an Stelle des in Ruhestand getretenen Amtsrichter Tenzler.

Weida (Amtsgericht): Kummer, Amtsrichter seit 1. Januar 1913, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Regierungsrat ernannten Amtsrichter Dr. Müller.

Gotha (Landgericht): Morchutt, Landgerichtsrat seit 1. Oktober, bisher Amtsgerichtsrat in Thal, an Stelle des zum Regierungsrat ernannten Landgerichtsrat v. Strenge.

Tenneberg (Amtsgericht): Dr. Schlegelmilch, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher Gerichtsassessor.

Thal (Amtsgericht): Dr. Ehwald, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Landgerichtsrat in Gotha ernannten Amtsgerichtsrat Morchutt.

Greiz (Landgericht): Wollmer, Landgerichtsrat, † im September.

Meiningen (Landgericht): Heil, Amtsgerichtsrat, erhielt den Titel „Geh. Justizrat", 2. April.

Hildburghausen (Amtsgericht): Köhler, Amtsgerichtsrat, erhielt den Titel „Geh. Justizrat", 2. April. — Groß, Amtsanwalt seit 1. April, bisher Gerichtsassessor.

Sonneberg (Amtsgericht): Karger, aufsichtführender Amtsrichter seit 1. Februar, an Stelle des in Ruhestand getretenen Geh. Justizrat Deahna. — Dr. Brodführer, Amtsrichter seit 1. Februar, bisher Amtsanwalt das. — Pocher, Amtsrichter seit 1. Februar 1913 bisher Amtsanwalt das. — Dr. Anschutz Amtsanwalt seit 1. Februar 1913, bisher Gerichtsassessor, an Stelle von Pocher.

Steinach (Amtsgericht): Hohenbaum, Amtsrichter seit 1. April, bisher Gerichtsassessor.

Neustadt b./Cob. (Amtsgericht): Berbig, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Landratsamtsassessor in Coburg ernannten Amtsrichter Dr. Fritsch.

Schalkau (Amtsgericht): Heß, Amtsrichter seit 1. April, bisher Gerichtsassessor. — Groß, Amtsanwalt seit 1. April.

Suhl (Amtsgericht): Kroebel, aufsichtführender Amtsrichter, an Stelle des nach Rimbeck versetzten Amtsgerichtsrat Burchardi. — Lauter, Amtsgerichtsrat seit 1. April, bisher in Oebisfelde.

Rudolstadt (Landgericht): Grüttner, Landrichter seit 1. Oktober, bisher Amtsrichter in Kreuzburg (Oberschlesien), an Stelle des nach Bonn versetzten Landrichter Eylau.

Rudolstadt (Amtsgericht): Liebmann, Amtsrichter, erhielt den Titel „Amtsgerichtsrat", 21. August.

Frankenhausen (Amtsgericht): Dr. Neumann, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher in Schlotheim, an Stelle des als Hilfsarbeiter zum Staatsministerium versetzten Amtsrichter Fritze.

Königsee (Amtsgericht): Georgi, Amtsrichter, erhielt den Titel „Amtsgerichtsrat", 21. August.

Leutenberg (Amtsgericht): Schreck, Amtsrichter seit dem 1. Oktober, bisher in Stadtilm.

Oberweißbach (Amtsgericht): Metzner, aufsichtführender Amtsrichter, an Stelle des ans Erbschaftssteueramt am 1. Juli nach Arnstadt versetzten Amtsrichter Stüber. — Merboth, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher Gerichtsassessor.

Schlotheim (Amtsgericht): Dr. Bangert, Amtsrichter seit 1. Oktober, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des nach Frankenhausen versetzten Amtsrichter Dr. Neumann.

Saalfeld (Amtsgericht): Fugmann, Amtsrichter seit 1. April, bisher Amtsanwalt in Hildburghausen.

Ranis (Amtsgericht): du Plat, Amtsrichter seit 1. März, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des nach Halle versetzten Amtsrichter Gottschalk.

Weimar (Staatsanwaltschaft): Dr. Schmidt, Staatsanwalt seit 1. Oktober, bisher Amtsrichter in Eisenach, an Stelle des zum Regierungsrat ernannten Staatsanwalt Dr. Rinck.

Weimar (Amtsgericht): Rauck, Amtsrichter seit 1. Januar, bisher Gerichtsassessor, an Stelle des zum Regierungsassessor in Erfurt ernannnten Amtsrichter Sommer (Rauck ist irrtümlich als Amtsrichter in Eisenach im Personalverzeichnis Bd. 58 S. 281 und 298 der Dienstlaufbahn eingetragen). — Lemmerzahl, Amtsrichter, erhielt den Titel „Amtsgerichtsrat", 25. Oktober. — Gerlich, Gerichtsvollzieher, bisher in Blankenhain, an Stelle von Schulze.

Allstedt (Amtsgericht): Proescholo, Gerichtsvollzieher k. A., an Stelle von Bartsch.

Apolda (Amtsgericht): Dreiß, Amtsrichter, erhielt den Titel „Amtsgerichtsrat", 25. Oktober. — Schmidt, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Münch. — Weidenbach, Gerichtsvollzieher an Stelle von Braun.

Blankenhain (Amtsgericht): Schulze, Gerichtsvollzieher, an Stelle von Gerlich.

Großrudestedt (Amtsgericht): Nündel, Gerichtsvollzieher k. A., an Stelle von Leich.

Jena (Amtsgericht): Braun, Gerichtsvollzieher, bisher in Apolda, an Stelle von Ebert.

Veränderungen im Personalbestande der Rechtsanwälte.

Zulassungen: Voigt beim Amtsgericht Eisenberg. — Dr. Stern beim Landgericht Eisenach. — Vater beim Amtsgericht Vacha zugleich beim Landgericht Eisenach. — Dr. Brehme beim Landgericht Gera. — Dr. Sachs beim Landgericht Meiningen. — Dr. Sebaldt beim Landgericht Meiningen. — Dr. Höhn beim Amtsgericht Eisfeld, zugleich beim Landgericht Meiningen. — Dr. Zimmer-Vorhaus beim Amtsgericht Suhl. — Warncke beim Amtsgericht Suhl. — Wächter beim Landgericht Rudolstadt.

Ernennungen: Fürbringer und Lots in Altenburg und Heimbach in Saalfeld erhielten den Titel „Justizrat". — Wernick in Eisenach erhielt den Titel „Geh. Justizrat". — Dr. Baer und Dr. Witthauer in Neustadt (Cob.) wurden zu Notaren ernannt. — Dr. Kunreuther, Justizrat in Gotha, erhielt den Titel „Geh. Hofrat".

Löschungen: Prof. Dr. Kuhlenbeck beim Oberlandesgericht in Jena. — Neumeister in Salzungen beim Landgericht Meiningen. — Justizrat Barthel in Gera † 20. Januar 1913. — Dr. Sebaldt beim Amtsgericht Eisfeld. — Justizrat Dr. Strupp in Meiningen. — Dr. Scheller in Steinach. — Partzsch und Justizrat Stapff in Weimar. — Bulling beim Amtsgericht Buttstädt. — Vater beim Amtsgericht Großrudestedt. — Justizrat Dr. Zeiß in Jena beim Landgericht Weimar.

Verzeichnis

der im Jahre 1912 bei dem Oberlandesgericht geprüften Gerichtsassessoren und Referendare.

(Vgl. Bd. 58 S. 148.)

Zusammengestellt von Kanzleirat Helmrich.

1. Großherzogtum S.-Weimar.

a) Gerichtsassessoren: Dr. Alfr. Huber aus Oldenburg, 21. Juni. — Rich. Heim aus Kaltensundheim, 12. Juli. — Max Hanemann aus Scherbda, 12. Juli. — Erich Reimann aus Remda, 20. Dezember. (1 mit Auszeichnung, 1 gut, 2 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

b) Referendare: Kurt Uhstein aus Apolda, 6. Juni. — Joh. Bruns aus Weimar, 13. Juli. — Dr. Walt. Stück aus Urnshausen, 28. September. — Heinr. Auffarth aus Jena, 28. September. — Hellm. Loening aus Jena, 28. September. — Bernh. Kronfeld aus Weimar, 2. November. — Walt. Große aus Allstedt, 23. November. — Joh. Moll aus Weimar, 21. Dezember. (4 gut, 4 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

2. Herzogtum S.-Meiningen.

a) Gerichtsassessoren: Dr. Ignaz Sachs aus Bibra, 1. März (jetzt Rechtsanwalt in Meiningen). — Viktor Trinks aus Meiningen, 21. Juni. — Rud. Hermann aus Meiningen, 29. November. (1 gut, 2 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

b) Referendare: Paul Schubert aus Hildburghausen, 6. Januar. — Erich Fromm aus Meiningen, 3. Februar. — Friedr. Pfeffer aus Limbach, 3. Februar. — Herm. Pusch aus Hildburghausen, 2. November. — Hans Lausmann aus Sonneberg, 23. November. — Georg Schmidt aus Saalfeld, 23. November. — Friedr. Meß aus Meiningen, 14. Dezember. — Max Hartung aus Sonneberg, 14. Dezember. — Rich. Höfling aus Hildburghausen, 14. Dezember. (5 gut, 4 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

3. Herzogtum S.-Altenburg.

a) Gerichtsassessoren: Reinh. Erbe aus Eisenberg, 21. Juni. — Paul Gabler aus Altenburg, 29. November. — Erich Köhler aus Petsa, 20. Dezember. (1 mit Auszeichnung, 1 gut, 1 ausreichend, 3 nicht bestanden.)

b) Referendare: Erich Gottschling aus Saara, 9. März. — Meister aus Dienstädt, 8. Juni. — Erich Besser aus Altenburg, 6. Juli. — Hans Gerber aus Altenburg, 26. Oktober. — Georg Lommer aus Roda, 26. Oktober. (2 gut, 3 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

4. Herzogtum S.-Coburg und Gotha.

a) Gerichtsassessoren: Seip v. Engelbrecht aus Coburg, 21. Juni. — Dr. Alb. Quarck aus Coburg, 12. Juli. — Walt. Belling aus Dietharz, 29. November. (1 gut, 2 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

b) Referendare: Fritz Schmidt aus Ohrdruf, 17. Februar. — Otto Möller aus Coburg, 24. Februar. — Willy Kästner aus Hochheim., 24. Februar. — Franz Dehler aus Coburg, 18. Mai. (1 gut, 3 ausreichend, 2 nicht bestanden.)

5. Fürstentum Schwarzburg-Rudolstadt.

a) Gerichtsassessoren: Hans Wächter aus Rudolstadt, 21. Juni (jetzt Rechtsanwalt in Rudolstadt.) — Kurt Lairitz aus Rudolstadt, 20. Dezember. — Kurt Werther aus Frankenhausen, 20. Dezember. (3 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

b) Referendare: Max Kempter aus Egelsdorf, 11. Mai. — Hans Söhns aus Frankenhausen, 27. Juli. — Ed Schwarz aus Leutenberg, 21. Dezember. (3 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

6. Fürstentum Reuß ä. L.

a) Gerichtsassessoren: Dr. Fritz Lenz aus Greiz, 1. März. — Hans Franke aus Zeulenroda, 12. Juli. — Dr. Otto Reißmann aus Greiz, 29. November. (1 gut, 2 ausreichend bestanden.)

b) Referendare: vacat.

7. Fürstentum Reuß j. L.

a) Gerichtsassessoren: Alb. Brehme aus Gera, 12. Juli (jetzt Rechtsanwalt in Gera). — Herm. Singewald aus Gera, 12. Juli. — Bruno Hädrich aus Großsara, 12. Juli. (2 gut, 1 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

b) Referendare: J. G. Rosenstock aus Gera, 6. Januar. — Hans Nugel aus Gera, 21. Januar. — Kurt Burkhardt aus Gera, 28. September. — Hans Müller aus Gera, 7. Dezember. — Heinr. Schrader aus Gera, 21. Dezember. (1 gut, 4 ausreichend, 1 nicht bestanden.)

8. Andere Staaten.

Referendare: Behn aus Lübeck, 20. Januar. — Hetzel aus Beuthen, 20. Januar. — Burmann aus Colberg, 3. Februar. — Lange aus Eschbruch, 3. Februar. — Doer aus Berlin, 17. Februar. — W. Merten aus Schloppe, 17. Februar. — Müller aus Gerbstedt, 17. Februar. — Schultze aus Freienwalde, 17. Februar. — v. Campen aus Salzhemmendorf, 24. Februar. — Neumann aus Charlottenburg, 9. März. — Köhler aus Guben, 11. Mai. — Wetzel aus Cordoba, 11. Mai. — Wedow aus Zawidowitz, 11. Mai. — Dan aus Braunswalde, 18. Mai. — Kuhlenbeck aus Halle, 18. Mai. — v. Hardenberg aus Dresden, 8. Juni. — Spitzner aus Schroda, 8. Juni. — Pauckſch aus Landsberg, 8. Juni. — Speitel aus Engenau, 8. Juni. — Schoeller aus Kirschseiffen, 22. Juni. — Tremblau aus Iserlohn, 22. Juni. — Lagemann aus Minden, 6. Juli. — Walper aus Rotenburg, 6. Juli. — Braß aus Tirschtiegel, 20. Juli. — Conrad

aus Berlin, 20. Juli. — Elsholz aus Pirna, 20. Juli. — G. Merten aus Görlitz, 27. Juli. — Hoenicke aus Frankfurt a./M., 27. Juli. — Henning aus Worbis, 28. September. — Banneitz aus Hannover, 26. Oktober. — Koslowski aus Nikolaiken, 7. Dezember. — Eccardt aus Berlin, 7. Dezember. — Bosée aus Bochum, 7. Dezember. — Quednow aus Berlin, 21. Dezember. — Guthert aus Langensalza, 21. Dezember. (5 gut, 30 ausreichend, 18 nicht bestanden.)

Summe der Gerichtsassessoren: 30, wovon 2 mit Auszeichnung, 7 gut, 13 ausreichend und 8 nicht bestanden haben.

Summe der Referendare: 95, wovon 18 gut, 51 ausreichend und 26 nicht bestanden haben (darunter 51 Preußen, wovon 4 gut, 30 ausreichend und 17 nicht bestanden haben).

Bücherbesprechungen.

1. Böckel, Dr. Fritz (Rechtsanwalt in Jena), Landesprivatrecht der Thüringischen Staaten. Herausgegeben in Verbindung mit den verstorbenen Reichsgerichtsrat Dr. Porzig und Geh. Justizrat Dr. Unger sowie mit dem Senatspräsidenten Stichling in Jena und Regierungsrat Krause in Gera. Halle (Waisenhaus) 1912. 24 M. geb. 27 M.

Es ist für die juristische Literatur in Thüringen ein Ereignis, daß das lange erwartete Werk erschienen ist. Es ist bestimmt, zu Dernburgs Bürgerlichem Recht eine Ergänzung zu bilden und das Privatrecht aller Thüringischen Staate (einschließlich Sondershausens) darzustellen. Der Mangel an Raum verbot dem Herausgeber die Landesrechte gesondert von Juristen bearbeiten zu lassen, die unter ihrem Landesrechte groß geworden waren und so die beste Kenntnis von ihm hatten. Alle acht Landesrechte mußten unter einheitlichen Gesichtspunkten betrachtet und zusammengesetzt zur Darstellung gelangen. Da war es schwer, die nötigen Kräfte zu gewinnen. Aber sie sind gewonnen worden: vortreffliche Kenner des Landesrechts haben sich in den Dienst des Herausgebers gestellt. Sie haben die Materien nach der Einteilung des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter sich verteilt. Den allgemeinen Teil sollte Stichling, die Schuldverhältnisse Böckel, das Sachenrecht Porzig, das Familien- und Erbrecht Unger bearbeiten. Aber Porzig konnte nur das Jagd- und Fischereirecht abliefern, sein Beruf und dann sein frühzeitiger Tod hielten ihn von weiteren Beiträgen ab. Für ihn sprangen Unger, Böckel und Krause ein. Es ist ganz natürlich, daß diese Entstehungsgeschichte dem Werke ihren Stempel aufgedrückt hat. Neben Abschnitten von hervorragender wissenschaftlicher Bedeutung finden sich Teile, wo der betr. Verfasser sich auf eine Umschreibung der Gesetze beschränkt hat. So liest man z. B., daß in einigen Staaten der Erbe gezwungen werden soll, sich als Eigentümer in das Grundbuch eintragen zu lassen. Aber die interessante Streitfrage, ob das reichsrechtlich zulässig ist, wird nicht berührt, die Literatur darüber (ThürBl. 56, 92) nicht erwähnt. Wer sich über Erbpachtrechtrecht informieren will, wird nicht viel mehr finden, als was in den Gesetzen steht, und das ist wenig genug. Und doch ist es schon viel, daß endlich ein systematisch angelegtes Werk, das Landesrecht in seinen Grundzügen aufweist. Der junge Jurist kann an dem Werke nicht vorbeigehen. Wer sich erinnert, wie schwer es uns älteren geworden ist, uns mit dem Landesprivatrecht vertraut zu machen, wird die Jugend glücklich preisen, die dieses wohlgeordnete, allumfassende Buch zur Hand nehmen und sich so leicht in die Materie einarbeiten kann. Aber auch die Praxis begrüßt das Erscheinen des Werkes, in dem ein enormer Stoff für sie wissenschaftlich bearbeitet ist. Der Wissenschaft wird es neue Anregungen geben, dem Politiker wird es ein Führer zu dem erstrebten Ziele einer übereinstimmenden Gesetzgebung auf dem Gebiete des Thüringer Privatrechts sein.

2. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 7/8. Aufl. München, Berlin (Schweitzer) 1912, 1913.

Bd. I. Allgemeiner Teil (Dr. Löwenfeld und Dr. Riezler). Geb. 22 M.

Bd. II. Schuldverhältnisse (Dr. Kuhlenbeck, Dr. Kober und Dr. Engelmann) geb. 52 M.

Bd. III. Sachenrecht (Dr. Kober). geb. 30,50 M.

Bd. IV. Familienrecht (Dr. Engelmann). Lgf. 1. ungeb. 11,50 M.

3. Keidel, Landgerichtsrat in München, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Grund von Staudingers Kommentar. München, Berlin (Schweitzer) 1912. geb. 6,50 M.

Während die neue Auflage von Staudingers bekanntem Kommentar planmäßig vorschreitet und die ersten 3 Bände schon abgeschlossen vorliegen, hat der Verlag den Bearbeiter des Registerbandes für die Herausgabe einer Handausgabe gewonnen, um aus dem reichen Stoffe des großen Staudinger einen Extrakt aufzutischen. Der kleine Staudinger soll und kann den großen Kommentar nicht ersetzen, aber er soll für ihn Propaganda machen. An einem geschickten Schlagwort erkennt man, ob dort eine Frage behandelt und wie sie gelöst ist. Auf die Judikatur ist verwiesen. An Inhalt und Umfang tritt das Werk neben die Handausgaben von Achilles und Fischer-Henle, mit dem Vorzug, daß es die Anschauungen des in der praktischen Rechtsanwendung meistbegünstigten Kommentars wiedergibt. Der Preis ist bei der Reichhaltigkeit des Inhalts und dem Umfang des Buches ein außerordentlich niedriger.

4. Isaac, Kommentar zum Automobilgesetz, zur Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910, sowie zum Automobilsteuergesetz. Berlin (Liebmann) 1912. Vollständig 16 M., geb. 17,50 M.

Das Erscheinen der ersten Hälfte dieses ausgezeichneten Kommentars konnte in den ThürBl. 59, 237 rühmend hervorgehoben werden. Jetzt ist mit der zweiten Hälfte das Werk abgeschlossen. Es beendet die Strafvorschriften zum Automobilgesetz, erläutert die in der Praxis so wichtige Bundesratsverordnung über den Verkehr mit Kraftfahrzeungen und druckt die internationalen Abkommen und Landesausführungsbestimmungen sämtlicher Staaten ab. Den Schluß bildet das Steuergesetz unter Erstreckung auf Chausseegeldabgaben in Preußen. Das Werk orientiert über alle einschlagenden Fragen des Automobilverkehrs und ist für Gerichte, Rechtsanwälte, Verwaltungsbehörden, Versicherungsgesellschaften und nicht zuletzt für die Automobilisten selbst unentbehrlich.

5. Neumann, Dr. Hugo, RA. beim Kammergericht, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3 Bde. 6. vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin (Vahlen) 1912. 39 M., geb. 46 M.

Die Neumannsche Ausgabe bedarf keiner Empfehlung mehr. Sie ist bei dem Praktiker eingebürgert und bietet gewisse Vorzüge vor ähnlichen Werken. Sie ist schon keine Handausgabe mehr, ersetzt vielmehr einen Kommentar vollständig. Ihre Erläuterungen sind aus einem Gusse, weil sie der Gesamtauffassung eines Verfassers entsprungen sind. Mit großem Geschick ist in den Erläuterungen auf den Zusammenhang des Ganzen hingewiesen, die leitenden Grundsätze sind vorangestellt, das Kleinmaterial ist als solches behandelt. Außer dem Bürgerlichen Gesetzbuch sind an den betr. Stellen die übrigen Vorschriften des Reichszivilrechts und die mit ihm zusammenhängenden Bestimmungen der Prozeßordnung abgedruckt. Dazu das preußische Ausführungsgesetz nebst den ergänzenden Verordnungen. Die neue Auflage berücksichtigt die Rechtsprechung und Gesetzgebung bis Ende August 1912. Das Werk, dessen Beliebtheit schon in der raschen Aufeinanderfolge der Auflagen sich zeigt, ist zum Gebrauch in der Praxis sehr geeignet.

Jenaer staats- und rechtswissenschaftlicher Fortbildungskurs.

Der nächste Kurs soll Pfingsten 1913, vom 14. bis 21. Mai, stattfinden. Es tragen vor:

Dr. Bode, Jena, **Uebungen aus dem Gebiete des Bank- und Börsenwesens**, 4 St.
Dr. Bosenick, Berlin, **Geldverkehr und Geldverrechnung**, 4 St.
Prof. Dr. Dade, Berlin, **Verhältnis von Landwirtschaft und Industrie**, 2 St.
Prof. Dr. B. Delbrück, Jena, **Philologische und juristische Auslegung**, 3 St.
Dix, Polizeirat, Leipzig, **Spuren und Spüren am Tatort** (mit Lichtbildern), $1^1/_2$ St.
Dominicus, Oberbürgerm., Berlin-Schöneberg, **Kommunalverfassungen**, 1—2 St.
Prof. Fehr, Halle, **Bedeutung der deutschen Handelskammern**, 3 St.
Dr. Finkelnburg, Strafanstaltsdirektor, Berlin-Moabit, **Die Welt der Gefangenen**, 3 St.
Gerstmeyer, Geh. Oberregierungsrat, Berlin, **Grundprobleme der Kolonialpolitik**, 3 St.
Prof. Dr. Giese, Jena, **Ueber ärztliche Kunstfehler**, 1—2 St.
Gräf, Amtsgerichtsrat, Eisenach, **Die Jugend und das Strafrecht**, $1^1/_2$ St.
Dr. Harmening, Justizrat, Jena, **Weltwirtschaft und Weltrecht**, 4 St.
Jacobi, Regierungs- und Baurat, Erfurt, **Sicherungs- und Signalwesen auf den Bahnen** (mit Vorführungen in der Werkstätte in Erfurt), 2 St.
Dr. Kantorowicz, Freiburg i. B., **Entwickelungsgeschichte der Rechtswissenschaft**, 3 St.
Prof. Dr. Keßler, Jena, **Städtische Boden- und Wohnungspolitik**, 4—6 St.
Prof. Dr. Lehmann, Jena, **Fragen des Industrierechts**, 6 St.
Freiherr von Marschall, Landrat in Montabaur, **Ueberlandzentralen**, 2 St.
Muthesius, Schulrat, Weimar, **Die Schule im Reich, in den Bundesstaaten und Gemeinden**, 3 St.
Prof. Dr. Pierstorff, Jena, **Ansiedelungs- und Polenpolitik**, 2 St.
Dr. phil. Schwarz, Geh. Oberfinanzrat, Berlin, **Die finanzielle Stellung der Europäischen Großmächte, mit besonderer Rücksicht auf ihre finanzielle Kriegsbereitschaft**, oder: **das Kommunalabgabenwesen Deutschlands und die schwebenden Reformbestrebungen**, 4 St.
Prof. Dr. Stock, Jena, **Bewertung und Untersuchung des Auges in der Gerichts- und Versicherungspraxis. Versuche und Entlarvung von Simulation. Die häufigsten Arten der Verletzung und ihre Entschädigung**, 2 St.
Prof. Dr. Strohmeyer, Jena, **Geschlechtsreife und Seelenleben**, 2 St.
Dr. Strupp, Geh. Kommerzienrat, Meiningen, **Bankenkonzentration mit besonderer Rücksicht auf Thüringen**, 1 St.
Prof. Dr. Vollmer, Jena, **Drahtlose Telegraphie**, 2 St.
Prof. Dr. Weber, Jena, **Kunstgeschichtliche Heimatkunde von Thüringen** (mit Lichtbildern), 6 St. Ausflug nach Dornburg und Sonntagsausflug nach Naumburg und Schulpforta.
Prof. Dr. Weinel, Jena, **Christentum und Strafrecht**, 3—4 St.
Dr. Wildhagen, Justizrat, Leipzig, **Tatbestand und Sachverhalt im bürgerlichen Rechtsstreit**, 2 St.
Dienstag den 13. Mai nachmittags findet eine Führung über das Schlachtfeld von Jena mit Vortrag des Privatdozenten Dr. Stoy statt.

Für die Teilnahme am Kurs wird erhoben eine Einschreibgebühr von 10 M., wofür 10 Vortragsstunden frei sind, im übrigen für jede weitere Stunde 1 M., doch werden über 25 Stunden nicht berechnet, auf eine Dauerkarte für 25 M. können alle Vorlesungen besucht werden. Für Studierende kostet die Dauerkarte nur 15 M.

Anmeldungen werden erbeten an die **Geschäftsstelle des Pfingstfortbildungskurses, Jena, Gartenstraße 4.**

Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen.

Die Großherzoglich Sächsische Ministerialverordnung über den Betrieb von Lichtspielunternehmungen.

Von Gerichtsassessor Dr. Albert Hellwig (Berlin-Friedenau).

Da das öffentliche Kinematographenrecht noch nicht genügend durchgearbeitet ist[1]), muß uns jede Verordnung interessant erscheinen, wenn sie einen Versuch macht, eine allgemeine Regelung dieser Fragen zu geben. Die noch nicht ausreichende wissenschaftliche Bearbeitung der Materie bringt es freilich mit sich, daß sowohl über die Rechtsgültigkeit einzelner Bestimmungen als auch über ihre Zweckmäßigkeit selbst bei Ministerialverordnungen weit häufiger Bedenken auftauchen werden, als dies sonst bei von der Zentralinstanz erlassenen allgemeinen Anordnungen der Fall zu sein pflegt. Dies trifft auch für die von dem Großherzoglich Sächsischen Staatsministerium, Departement des Innern, am 4. Januar 1913 erlassene „Ministerialverordnung über den Betrieb von Lichtspielunternehmungen" zu[2]), welche nach § 18 am 1. April 1913 in Kraft tritt[3]).

Die Verordnung bezweckt nicht, das gesamte öffentliche Kinematographenrecht ausschließlich zu regeln. Sie bemerkt vielmehr in § 17

---

1) Eine kurze zusammenfassende Darstellung und eine bis Ende 1912 vollständige Bibliographie habe ich zu geben versucht in einem Aufsatz über „Oeffentliches Kinematographenrecht" („Preußisches Verwaltungsblatt" vom 21. Dezember 1912).

2) Veröffentlicht in Nr. 2 des „Regierungsblattes für das Großherzogtum Sachsen", mir liebenswürdigerweise von dem Großherzoglichen Staatsministerium übersandt. Die außerhalb Sachsen-Weimars schwer zugängliche Verordnung ist von mir abgedruckt in meinen „Rechtsquellen des öffentlichen Kinomatographenrechts. Systematische Zusammenstellung der wichtigsten deutschen und fremden Gesetze und Gesetzentwürfe, Ministerialerlasse, Polizeiverordnungen" (Lichtbühnen-Bibliothek Nr. 5, München-Gladbach 1913).

3) Aehnliche Verordnungen werden von den anderen thüringischen Staaten erlassen werden.

ausdrücklich, daß die bestehenden bau- und gewerbepolizeilichen Vorschriften durch sie nicht berührt werden. Hierher gehören beispielsweise die Bestimmungen über Gewerbesteuer, über Sonntagsheiligung usw. Daß auch die reichsrechtlichen Bestimmungen, wie z. B. die Bestimmungen des Kinderschutzgesetzes, auch ohne ausdrückliche Hervorhebung gegenüber der Ministerialverordnung gültig bleiben, bedarf keiner weiteren Ausführung.

In § 1 ist vorgeschrieben, daß derjenige, welcher Vorstellungen mit Lichtspielapparaten oder ähnlichen Apparaten [1]) veranstalten will, davon „rechtzeitig vor der Herrichtung der Betriebsstätte und Aufstellung der Apparate“ bei der Polizeibehörde, d. h. nach § 14 der Ministerialverordnung in Städten von mit mehr als 3000 Einwohnern bei dem Gemeindevorstand, im übrigen bei dem Bezirksdirektor, Anzeige zu erstatten hat.

Diese Anzeigepflicht ist nicht identisch mit der in § 14 der Reichsgewerbeordnung festgesetzten [2]), da sie sich einmal nicht auf die gewerbsmäßigen kinematographischen Vorführungen beschränkt und da sie zweitens nicht erst dann zu geschehen hat, sobald der selbständige Betrieb eines stehenden Gewerbes begonnen wird, sondern schon vorher, nämlich vor Herrichtung der Betriebsstätte und vor Aufstellung der Apparate. Daraus, daß beide Anzeigen nicht identisch sind, folgt, daß die Erstattung der Anzeige im Sinne des § 1 der Verordnung den Gewerbetreibenden nicht davon entbindet, eine zweite Anzeige zu erstatten, sobald er den selbständigen Betrieb seines stehenden Kinematographentheaters beginnt.

An der Rechtsgültigkeit dieser im sicherheitspolizeilichen Interesse bestimmten Anzeigepflicht kann ein Zweifel kaum bestehen. Zweifelhaft könnte höchstens sein, ob auch die in § 1 Abs. 3 aufgestellte Pflicht zur Angabe von Namen, Stand und Wohnort des Unternehmers oder des verantwortlichen Betriebsleiters, sowie die in § 4 vorgeschriebene Anzeige eines Wechsels des Unternehmers oder Betriebs-

1) Die sogenannten Mutoskope, Kalloskope, Kinetoskope sind damit wohl kaum gemeint. Vgl. über sie H. Lehmann „Die Kinematographie, ihre Grundlagen und ihre Anwendungen“ (Leipzig 1911) S. 8. Wolf-Czapek „Die Kinematographie. Wesen, Entstehung und Ziele des lebenden Bildes“ (2. Aufl. Berlin 1911) S. 46 sowie besonders Forch „Der Kinematograph und das sich bewegende Bild. Geschichte und technische Entwicklung der Kinematographie bis zur Gegenwart“ (Wien und Leipzig 1913) S. 185 ff.

2) Vgl. dazu auch meinen Aufsatz über „Das braunschweigische öffentliche Kinematographenrecht“ in der „Zeitschrift für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig“ 1913 S. 268 f.

leiters zu Recht besteht. Da es aber gleichfalls im sicherheitspolizeilichen Interesse liegt, daß derjenige, der die Verantwortung für den gefährlichen Betrieb trägt, eine Persönlichkeit ist, von der man annehmen kann, daß sie den an sie zu stellenden Anforderungen genügt, halte ich auch die Statuierung dieser Anzeigepflicht aus sicherheitspolizeilichen Gründen für statthaft. Verfolgt man diesen Gedanken weiter, so wird man allerdings zu der Konsequenz kommen, daß die Polizei einem Unternehmer, der die erforderliche Gewähr nicht bietet, der beispielsweise die sicherheitspolizeilichen Vorschriften schon öfters übertreten hat, aus sicherheitspolizeilichen Gründen die Ausübung des Betriebes müßte untersagen können. Diese Konsequenz würde ich allerdings auch ziehen. Man könnte darin eine Beschränkung der Zulassung zum Gewerbe erblicken, die gemäß § 1 Gewerbeordnung nicht zulässig sei. Diesen Einwand würde ich aber nicht für stichhaltig erachten. Zwar würde man m. E. nicht einwenden können, daß sich die Verordnung nicht nur auf Gewerbetreibende beziehe, sondern auf jedermann, daß sie insofern also keine besondere Beschränkung der Zulassung zum Gewerbebetriebe festsetze; wohl aber würde ich in der erwähnten Maßregel um deswillen keine Beschränkung der Zulassung zum Gewerbebetriebe erblicken, weil es dem betreffenden nicht zuverlässigen Kinobesitzer nach wie vor gestattet sein soll, das Gewerbe selbständig im eigenen Namen auszuüben, es ihm nur verwehrt sein soll, auch selbst die Verantwortung für die Betriebssicherheit zu übernehmen. Es steht ihm jederzeit frei, einen Vertreter als verantwortlichen Betriebsleiter zu bestellen. Auch wenn man in Rechnung zieht, daß die meisten kleineren Kinobesitzer aus pekuniären Gründen darauf angewiesen sind, selbst den Betrieb zu leiten, daß ihnen also, wenn ihnen dies nicht gestattet wird, tatsächlich die Möglichkeit zur Fortsetzung des Gewerbebetriebes entzogen wird, kann man in dieser lediglich faktischen, aber nicht rechtlichen Unmöglichkeit der Ausübung des Gewerbebetriebes eine Beschränkung der Zulassung zum Gewerbebetriebe nicht erblicken.

Der sicherheitspolizeiliche Charakter dieser Bestimmung kommt klar zum Ausdruck durch die von § 5 geforderte Anwesenheit des Unternehmers oder verantwortlichen Betriebsleiters während der Vorstellungen. Die Auslegung dieses Paragraphen kann allerdings Schwierigkeiten machen, da nicht gesagt ist, wo die Unternehmer anwesend sein sollen. Müssen sie in dem sogenannten Operationsraum, wo sich der kinematographische Vorführungsapparat mit dem ihn bedienenden sogenannten Operateur befindet, anwesend sein, oder sollen sie sich in dem

Zuschauerraum aufhalten oder genügt es, wenn sie beispielsweise in der Garderobe, an der Kasse, in dem Vorraum, in einem Wirtschaftszwecken dienenden Nebenraum sich befinden?

Man wird bei Auslegung dieser Bestimmung von ihrem Zweck ausgehen müssen. Dieser aber ist in erster Linie, die Ueberwachung der sicherheitspolizeilichen Vorschriften zu gewährleisten. Es würde aber da zu weit gehen, wenn man daraus folgern wollte, der Unternehmer oder verantwortliche Betriebsleiter habe sich während der ganzen Vorstellungszeit — meistens 6 bis 8 Stunden — ununterbrochen in dem Vorführungsraum aufzuhalten. Wenn eine Panik beispielsweise ausbricht oder es sich darum handelt, festzustellen, ob die Notbeleuchtung brennt und in anderen Fällen kann der Betriebsleiter nur dann etwas nützen, wenn er sich in dem Zuschauerraum befindet. Schon aus diesem Grunde könnte man ununterbrochene Anwesenheit in dem Vorführungsraum nicht fordern. Dazu kommt, daß längere Anwesenheit in dem Vorführungsraum, der meistens knapp bemessen ist, den Operateur nur hindern würde und dadurch die Gefahr, die sie verringern soll, vergrößern könnte. Man wird daher die Bestimmung wohl so auszulegen haben, daß der Betriebsleiter hauptsächlich im Zuschauerraum sich aufzuhalten hat, daß es aber auch seine Pflicht ist, ab und zu den Operateur zu kontrollieren. Die Anwesenheit im Zuschauerraum ist auch um deswillen erforderlich, weil der Betriebsleiter die Befolgung der Vorschriften über den Inhalt der Films und über jugendliche Zuschauer, auf die wir bald zu sprechen kommen werden, zu kontrollieren hat.

Man wird bei der Auslegung des § 6 aber nicht zu rigoros vorgehen und verlangen dürfen, daß der Betriebsleiter während der ganzen Dauer der Vorführungen sich entweder im Zuschauerraum oder in dem Vorführungsraum aufzuhalten habe. Man wird es für zulässig erklären müssen, daß sich der Betriebsleiter vorübergehend auch im Vorraum und in Nebenräumen aufhält, schon deshalb, weil er seiner Kontrollpflicht wenigstens zum Teil auch hier obliegen kann.

Gemäß § 2 dürfen die Anlagen erst dann in Betrieb genommen werden, wenn die Polizeibehörde dem Anzeigenden eine Bescheinigung über die Unbedenklichkeit der Einrichtung in feuer- und sicherheitspolizeilicher Hinsicht erteilt hat; und nach § 3 gilt dies sowie die Anzeigepflicht des § 1 auch dann, wenn es sich zwar um Vorführungen in öffentlichen Räumen, beispielsweise in Sälen von Gastwirtschaften, in städtischen Turnhallen usw. handelt, nicht aber um öffentliche Vorführungen in dem Sinne, daß die Veranstaltung jedermann zugänglich

sei, ob gegen Zahlung eines Eintrittspreises oder ohne solche, beispielsweise etwa um Vereinsvorstellungen, um Pressevorstellungen für die Vertreter der Presse und sonstige geladene Personen. Irgendein Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Bestimmungen dürfte kaum vorhanden sein.

§ 5 Abs. 1 bestimmt, daß im Interesse des Feuerschutzes und der Verkehrssicherheit die in der Anlage A enthaltenen besonderen Vorschriften zu beachten seien.

Diese Anlage A enthält vier Abschnitte über den Apparatraum und seine innere Einrichtung, über den Zuschauerraum, über Betriebsvorschriften und über vorübergehende Bestimmungen. Die beiden ersten Abschnitte enthalten keine hier zu erwähnenden bemerkenswerten Bestimmungen.

Ziffer 29 der Betriebsvorschriften bestimmt, daß die Bedienung des Lichtbildapparats nur durch eine zuverlässige, über 21 Jahre alte männliche Person erfolgen darf, welche die hierzu erforderliche Befähigung durch ein von einem anerkannten Sachverständigen ausgestelltes Zeugnis nachzuweisen hat und auch mit den Sicherheitsvorkehrungen und mit den im Falle eines Brandes erforderlichen Maßnahmen vollkommen vertraut sein muß. Dieser aus sicherheitspolizeilichen Gründen geforderte Befähigungsnachweis für Operateure findet sich immer mehr in Polizeiverordnungen der verschiedenen deutschen Bundesstaaten. Es ist mir nicht ganz zweifelsfrei, ob dieser Befähigungsnachweis, so zweckmäßig er auch ist, nicht im Widerspruch mit der Gewerbefreiheit steht, da allen Personen, welche das Zeugnis eines anerkannten Sachverständigen nicht besitzen, allen Personen unter 21 Jahren sowie allen Frauen die gewerbsmäßige Ausübung des Operateurberufs untersagt ist.

Die Erwägung, welche uns oben ausschlaggebend schien, gewissen Personen die verantwortliche Leitung eines Kinotheaters zu untersagen, greift hier nicht durch. Man wird hier auch kaum von einer bloßen Beschränkung der Ausübung des Gewerbes sprechen können.

Ziffer 31 verbietet das Tabakrauchen in sämtlichen Räumen der Lichtspielunternehmungen. Bei dieser Fassung kann ein Zweifel, wie er bei preußischen Polizeiverordnungen über diese Materie entstanden ist, nicht entstehen, nämlich darüber, ob sich dies Verbot nur auf den Vorführungsraum bezieht oder auch auf den Zuschauerraum und etwaige Nebenräume. Das Verbot für den Vorführungsraum rechtfertigt sich schon aus feuerpolizeilichen Gründen, da die Films außerordentlich leicht entzündbar sind und bei einem Brande große Gefahr

bieten und da ferner der Operateur, der rauchen würde, dadurch leicht zur Unaufmerksamkeit verführt werden könnte. Aber auch für den Zuschauerraum ist das Verbot aus sicherheitspolizeilichen Gründen gerechtfertigt, da nicht nur bei der meistens schlechten Ventilation bei längerem Aufenthalt leicht die Gesundheit der Zuschauer gefährdet werden kann, sondern bei der Verdunkelung auch die Gefahr besteht, daß die Kleider eines Zuschauers oder sonstige Gegenstände Feuer fangen und eine Panik ausbricht. Nicht zweifelsfrei dagegen ist, ob es zulässig ist, zu bestimmen, daß das Verbot des Tabakrauchens durch gut sichtbare Anschäge bekannt zu geben ist, da diese Bekanntmachung des Verbots nicht geeignet ist, irgendwie sicherheitspolizeiliche Zwecke zu verwirklichen.

Gemäß Ziffer 34 sind die Ausgangstüren und Gänge des Zuschauerraums während der Vorstellung stets frei zu halten. Diese Bestimmung findet sich gleichfalls in den meisten einschlägigen Verordnungen. Da sie zweifellos sicherheitspolizeiliche Zwecke verfolgt, bestehen an ihrer Rechtsgültigkeit keine Bedenken. Dagegen könnten Zweifel darüber entstehen, an wen sich diese Vorschrift richtet. Meines Erachtens richtet sich diese Vorschrift sowohl an den verantwortlichen Betriebsleiter als auch an die Zuschauer oder sonstigen Personen, welche während der Vorstellung die Ausgangstüren oder Gänge des Zuschauerraums versperren. Wenn also beispielsweise ein Zuschauer, um besser sehen zu können, weil ein großer Damenhut ihm die Aussicht versperrt, sich während der Vorführung in den Zuschauerranm stellt und der Betriebsleiter dies duldet, indem er es ihm entweder nicht verbietet oder doch bei seiner Weigerung nicht nötigenfalls von seinen Zwangsbefugnissen Gebrauch macht, so macht sich sowohl der Zuschauer als auch der Betriebsleiter strafbar. Natürlich können die Türen und Gänge auch durch anderes als durch Personen verstellt sein, so durch Stühle, welche der Betriebsleiter hat hinstellen lassen usw. Die Vorschrift kann m. E. nur dann beachtet werden, wenn während einer Vorführung Zuschauern der Eintritt nicht gestattet wird. Konsequenterweise müßte dann aber auch der Austrilt während dieser Zeit nicht gestattet sein. In diesem Sinne muß die Verordnung auch ausgelegt werden. Um Mißverständnisse zu vermeiden, wäre es aber zweckmäßig gewesen, dies ausdrücklich zu bestimmen, wie es hier und da in anderen Verordnungen geschehen ist. Wenn ein Zuschauer, ohne daß der Betriebsleiter dies billigt, und ohne daß er dies verhindern kann, während der Vorführung seinen Platz verläßt, um das Kinotheater zu verlassen, so macht sich

der Betriebsleiter doch nicht strafbar, wenn er den Zuschauer am Verlassen des Kinos nicht hindert. Denn es wäre widersinnig, zu verlangen, daß er den Zuschauer an der Tür zurückhalten oder an seinen Platz zurückführen solle, da hierdurch die Gefahr, welche die Bestimmung verhindern will, vergrößert werden würde. Als Vorstellung ist hier natürlich nicht die Gesamtvorstellung, die in der Regel etwa 1½ bis 2 Stunden beträgt, anzusehen, sondern die Vorführung des einzelnen Bildes, die aber bei den heute vielfach üblichen sogenannten „Bandwurmfilms" auch schon mitunter eine halbe Stunde und länger dauert.

Der Abschnitt über vorübergehende Vorstellungen enthält einige besondere Normen einmal für Lichtbildervorstellungen auf Volksfesten, Schützenfesten u. dgl., sowie zweitens für Lichtbildervorstellungen bei Vorträgen usw. Bei der letztgenannten Kategorie handelt es sich nicht um die von mir sogenannten kombinierten kinematographischen Vorführungen [1]), sondern um Veranstaltungen, bei denen die Vorträge die Hauptsache sind und die kurzen kinematographischen Vorführungen nur zur Erläuterung des Vorgetragenen dienen [2]).

Soviel über die sicherheitspolizeilichen Vorschriften und ihre rechtliche Zulässigkeit. Wir mußten hier etwas eingehender sein, da über die Auslegung der einzelnen Bestimmungen, ja bei einigen sogar über ihre Rechtsgültigkeit Zweifel bestehen können, und da die Details sicherheitspolizeilicher Vorschriften für Kinotheater noch nirgends näher untersucht worden sind.

Ueber ihre Zweckmäßigkeit ist nur zu sagen, daß sie mir durchweg sehr zweckmäßig zu sein scheinen.

Nicht minder wichtig, und auch kaum weniger schwierig, sind diejenigen Bestimmungen der Verordnung, welche aus sittenpolizeilichen Rücksichten erlassen worden sind.

Zunächst kommen die Zensurvorschriften in Betracht.

In durchaus richtiger Weise unterscheidet die Verordnung Jugendvorstellungen und allgemeine Vorstellungen und stellt an erstere höhere Anforderungen bezüglich des Inhalts der Bilder als an letztere. Diese

1) Vgl. darüber meinen Aufsatz über „Oeffentliches Kinematographenrecht" („Preußisches Verwaltungsblatt" Bd. 34 S. 201).

2) Vgl. dazu meinen Aufsatz über „Das schwedische Kinematographengesetz vom 22. Juni 1911" („Annalen des Deutschen Reichs" 1912) S. 488 f. sowie den Bericht des Ausschusses für innere Verwaltung über den württembergischen Gesetzentwurf (Württemb. Erste Kammer, Drucksachen, Beilage 6 vom 24. April 1913) S. 10 f.

Unterscheidung entspricht der allgemeinen Praxis, von welcher nur Bayern eine Ausnahme macht [1]).

Die Begriffsbestimmung der Schundfilms [2]) enthält § 8: „Bilder und sonstige Darstellungen, die gegen die guten Sitten verstoßen, oder die geeignet sind, verrohend zu wirken, dürfen weder in den Jugend- noch in den übrigen Vorstellungen vorgeführt werden. Von der Vorführung in Jugendvorstellungen sind alle Bilder und sonstigen Darstellungen ausgeschlossen, die geeignet sind, die Einbildungskraft der Kinder in ungünstigem Sinne zu erregen."

So erwünscht es mir auch erscheinen würde, daß eine solche Bestimmung zulässig wäre, so muß ich doch erhebliche Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit einer derartigen Zensur äußern, jedenfalls vom Standpunkt des preußischen Rechts. Die Polizei hat es nur mit dem äußeren Verhalten des Publikums zu tun und darf nur solche Films verbieten, von deren Vorführung eine Gefahr für die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung zu befürchten ist. Aus diesem Grunde halte ich es schon für zu weit gehend, die Vorführung von Films, die verrohend wirken, vor Erwachsenen zu verbieten [3]). Wenn man freilich der bisherigen Praxis des Oberverwaltungsgerichts [4]) folgt, wird man auch Gefahren für die Sittlichkeit zu beseitigen als eine Aufgabe der Polizei ansehen und mit dieser Begründung vielleicht auch das Verbot der Vorführung verrohender Films für zulässig halten können. Aber auch bei weitgehendster Auslegung der polizeilichen Aufgaben wird man es wohl kaum rechtfertigen können, wenn für Kinder auch diejenigen Films verboten werden, welche geeignet sind, ihre Einbildungskraft in ungünstigem Sinne zu erregen. In dem Königreich Sachsen bestehen zwar ähnliche Polizeiverordnungen [5]) schon seit Jahren; die maßgebenden Instanzen haben sich aber mit einer rechtlichen Prüfung der Zulässigkeit derartiger Bestimmungen noch nicht zu be-

---

1) Wenn der Antrag des Ausschusses der Ersten Kammer durchgeht, wird Württemberg eine weitere Ausnahme bilden.

2) Vgl. mein Buch über „Die Schundfilms, ihr Wesen, ihre Gefahren und ihre Bekämpfung" (Halle a/S. 1911).

3) Vgl. darüber meinen eingehenden Aufsatz über „Die maßgebenden Grundsätze für Verbote von Schundfilms nach geltendem und künftigem Rechte", der in dem nächsten Heft des „Verwaltungsarchivs" erscheinen wird.

4) Vgl. „Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts" 52, 288 und „Preußisches Verwaltungsblatt" 30, 741.

5) Vgl. z. B. die Dresdener Polizeiverordnung, abgedruckt in meinen „Rechtsquellen des öffentlichen Kinematographenrechts".

schäftigen gehabt[1]). Ich halte es jedenfalls für ausgeschlossen, daß das preußische Oberverwaltungsgericht einer solchen Verordnung seine Zustimmung geben würde. Es wäre sehr erwünscht, wenn diese Frage recht bald einmal bis in die höchste Instanz vertreten würde, damit die Rechtslage klargestellt wird.

Dagegen halte ich diese Bestimmung für sehr zweckmäßig, trotzdem oder vielmehr gerade deshalb, weil sie den Polizeibehörden einen sehr weiten Spielraum gestattet. Denn es ist nicht möglich, den Kreis der zu verbietenden Schundfilms in einige scharf umgrenzte Kategorien einzuzwängen, wenn anders man den Gefahren, welche von den Schundfilms drohen, energisch entgegentreten will[2]). Andererseits ist es auch durchaus angebracht, bei der Abwehr dieser Gefahren, namentlich soweit Jugendliche in Frage kommen, den Polizeibehörden größere Befugnisse einzuräumen, als ihnen sonst auf Grund ihrer allgemeinen polizeilichen Befugnisse zustehen. Für erwünscht kann ich eine solche Regelung allerdings nur dann halten, wenn die Zensur in die Hand umsichtiger, hochgebildeter Personen gelegt wird, welche durch ihre reiche Erfahrung auf diesem Gebiet, die sie tagtäglich erweitern, ganz besonders qualifiziert für diese schwierige Aufgabe sind, von denen man erwarten kann, daß sie weder nach dieser noch nach jener Seite hin einseitig vorgehen, sondern bei jeder Entscheidung die einander entgegenstehenden Interessen in angemessener Weise abzugrenzen verstehen[3]). Die Verordnung hat nun allerdings die Filmzensur nicht zentralisiert und es kann auch zweifelhaft erscheinen, ob diese Zentralisierung in diesem Falle den beteiligten Interessenten nicht mehr Schwierigkeiten und Kosten gemacht hätte, als die heutige Dezentrali-

---

1) In dem Urteil vom 27. Juni 1911 (416 I S. 1910) hat das Dresdener Oberverwaltungsgericht es ausdrücklich dahingestellt gelassen, „ob es noch in dem Rahmen der Aufgaben der Polizei liegt, Films zu beanstanden, die unvorteilhafte Erregungen des Kindergemütes befürchten lassen. Ausdrücklich abgelehnt hat es die Zensur, die Films verbietet, deren „Anblick für Kinder vom erzieherischen Standpunkte aus nicht gerade empfehlenswert ist".

2) Vgl. meinen Aufsatz über „Das schwedische Kinematographengesetz" in den Annalen des Deutschen Reiches" 1912, 486 f., das bei dieser Gelegenheit auch von dem württembergischen Gesetzentwurf über Lichtspielvorstellungen zitiert wird. Die zu weite Fassung des Begriffes „Schundfilm", wie sie in diesem Entwurf gegeben ist, billige ich keineswegs.

3) Vgl. meine Abhandlung über „Die Zentralisierung der Filmzensur in Preußen" in dem „Kommunalarchiv" 4, 227/43. Ebenso Hamm „Zensur der Lichtspiele" (DJZ. 1913 Sp. 42/935). Dagegen Reichert, „Zentralisierung oder Dezentralisierung der Filmzensur" („Preußisches Verwaltungsblatt" 34, 563 f.).

sierung [1]). Ein Ausweg wäre vielleicht der gewesen, daß man die Berliner Zensurkarten im allgemeinen anerkannt, den Ortspolizeibehörden aber die Befugnis gelassen hätte, im einzelnen Fall eine abweichende Entscheidung zu treffen.

Eigenartig ist, daß eine eigentliche Zensur nur für Jugendvorstellungen [2]) angeordnet wird (§ 10), und zwar auch nur derart, daß nur auf besonderes Verlangen der Polizeibehörde vor der öffentlichen Vorführung besondere nicht öffentliche Prüfungsvorstellungen ohne Anspruch auf Entschädigung zu veranstalten sind, daß es sonst aber genügt, wenn die Spielpläne für die Jugendvorstellungen spätestens zwei Tage vor dem Beginn unter Angabe des Inhalts jedes Bildes und jeder sonstigen Darstellung, der Fabriknummer und der Länge des Films eingereicht sowie unter Mitteilung der Ueberschrift und der Zeit der ersten Vorführung bei der Polizeibehörde angemeldet werden. Auch bei Jugendvorstellungen soll also in erster Linie der Polizei lediglich die Möglichkeit gegeben werden, der ersten Vorführung beizuwohnen, also eine Kontrolle auszuüben, und nur auf besonderes Verlangen muß ihr auch die Zensurbefugnis eingeräumt werden. Für die allgemeinen Vorstellungen besteht nicht einmal die obligatorische Pflicht zur Einreichung der Spielpläne, doch kann die Polizei — sowohl allgemein als auch durch Verfügung im Einzelfall — die Beachtung der in § 10 für Jugendvorstellungen gegebenen Bestimmungen auch auf allgemeine Vorstellungen anordnen.

An der Rechtsgültigkeit dieser Bestimmungen ist ernstlich nicht mehr zu zweifeln, nachdem die Zulässigkeit der Filmzensur fast allgemein in Theorie und Praxis anerkannt ist [3]), und natürlich erst recht

---

1) Vgl. dazu meinen erwähnten Artikel über das Braunschweigische öffentliche Kinematographenrecht S. 70.

2) Der Gesetzentwurf für den Kanton Bern, der mir von seinem Verfasser, Untersuchungsrichter Rollier, liebenswürdigerweise zugesandt ist, sieht die Präventivzensur gleichfalls nur für Jugendvorstellungen vor, und zwar, weil er die allgemeine Zensur als gegen die Preßfreiheit verstoßend ansieht, nicht dagegen die Kinderzensur. Es ist wohl kaum anzunehmen, daß die Weimarische Verordnung von derselben Erwägung ausgegangen ist. Jedenfalls ist dieser Standpunkt nicht zu billigen, wie ich in meinem in der „Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht“ erscheinenden Aufsatz über den Berner Entwurf darlegen werde.

3) Vgl. meinen Aufsatz über „Oeffentliches Kinematographenrecht“ („Preußisches Verwaltungsblatt“ Bd. 34) S. 201 f. und die dortigen Zitate. Neuerdings anderer Meinung Elster „Kinozensur und Kinokonzession“ („Recht und Wirtschaft“ 1913, S. 103/106).

kein Bedenken gegen die nicht so weit gehende Kontrolle der Vorführungen besteht.

Ob diese Bestimmung zweckmäßig ist, kann allerdings zweifelhaft sein. Die Kontrolle wird jedenfalls dann, wenn mehrere Vorstellungen gleichzeitig zum erstenmal stattfinden, immer nur durch untere Polizeibeamte ausgeübt werden können. Ohne ihnen zu nahe zu treten, wird man sie für das schwierige Amt eines Zensors nicht gerade als besonders qualifiziert erachten können. Mir sind aus gerichtlichen Urteilen mehrere Fälle bekannt, in welchen Polizeibeamte ganz krasse sexuelle Schundfilms, die offensichtlich gegen § 184 StGB. verstießen, unbedenklich zur Vorführung freigegeben haben [1]). Die Einreichung der Spielpläne allein nützt jedenfalls gar nichts, da sich aus dem Titel gar nichts ergibt. Es ist nicht nur ein beliebter Trick mancher Fabrikanten, Schundfilms, denen sie einen harmlosen Anstrich geben wollen, einen unverfänglichen Titel zu geben, sondern es kommt auch vor, daß wissenschaftliche Films zur Vorführung vor Kindern keineswegs geeignet sind.

Die bedenklichste Konsequenz ist aber die, daß Unternehmer, welche Films vorführen, die als Schundfilms hätten gemäß § 8 verboten werden müssen, welche die Polizei aber nicht verboten hat, weil sie von ihrer Befugnis, sie sich vorführen zu lassen, nicht Gebrauch gemacht hat, meines Erachtens nicht bestraft werden können. Die Fassung des § 8 scheint allerdings für die entgegengesetzte Auslegung zu sprechen, denn es wird nicht gesagt, daß die Films, die verrohend usw. wirken, verboten werden sollen, sondern ganz allgemein, daß sie nicht vorgeführt werden dürfen. Es würde aber meines Erachtens zu weit gehen, wenn man den Unternehmern die Verpflichtung auferlegen würde, sich darüber schlüssig zu werden, ob ein Film geeignet ist, verrohend zu wirken oder ob er gegen die guten Sitten verstößt oder ob er geeignet ist, die Einbildungskraft der Kinder in ungünstigem Sinne zu erregen. Die Entscheidung dieser Fragen erfordert ein solches Maß von Kenntnissen und einen so weiten Gesichtskreis, daß man sie von meistens wenig gebildeten Kinobesitzern nicht erwarten kann. Auf die reichsrechtliche Parallele, daß sich der Kinobesitzer des Vergehens gegen § 184 StGB. sogar dann schuldig machen kann, wenn die Polizei den sexuellen Schundfilm unbedenklich gefunden und gegen

---

1) Vgl. meinen in der „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ erscheinenden Aufsatz über „Die Anwendbarkeit der §§ 184, 41 StrGB auf kinematographische Vorführungen.



seine Vorführung keinen Einwand erhoben hat[1]), kann man sich hier nicht berufen. Für meine Auslegung scheint es auch zu sprechen, daß § 12 bestimmt, daß Bilder oder Teile von Bildern, die von der Polizeibehörde als unzulässig bezeichnet worden sind, nicht vorgeführt werden dürfen. Hieraus scheint man folgern zu können, daß alle übrigen Bilder, also auch die verrohend wirkenden, soweit sie nicht verboten worden sind, vorgeführt werden dürfen. Nur bei dieser Auslegung scheint der § 12 überhaupt auch erforderlich zu sein. Es ist dieser Beweis aber deshalb nicht schlüssig, weil auf Grund des § 12 ein von der Polizeibehörde verbotener Film auch dann nicht vorgeführt werden darf, wenn die Polizei das Verbot zu Unrecht erlassen hat, weil es sich nicht um einen Film handelt, welcher unter eine der in § 8 genannten Kategorien fällt. Eine authentische Interpretation dieser Frage wäre jedenfalls erwünscht.

Was die Beschränkungen des Besuchs durch Kinder anlangt, das in Fachkreisen sogenannte Kinderverbot[2]), so ist dafür § 7 der Verordnung sedes materiae.

Hiernach dürfen Personen unter 17 Jahren, auch wenn sie sich in Begleitung Erwachsener befinden, nur zu besonderen Jugendvorstellungen zugelassen und letztere nur als solche angekündigt werden, und zwar an der Eintrittskartenausgabestelle in deutlicher Schrift unter Angabe des Spielplans. Die Beschränkung von Jugendlichen auf Jugendvorstellungen ist, wenn man die Praxis der Gerichte anderer Bundesstaaten in Betracht zieht, zweifellos als eine bloße Beschränkung der Ausübung des Gewerbes für zulässig zu erachten. Ob dagegen die Ankündigung verlangt werden kann, ist mir zweifelhaft, da diese Maßregel doch nur zur Erleichterung der Kontrolle bestimmt sein dürfte. Ebenso ist es mir nicht sicher, ob die Polizei bestimmen darf, daß zwischen der Beendigung einer Jugendvorstellung und dem Beginn einer Vorstellung für Erwachsene eine Pause von mindestens 20 Minuten liegen muß und daß in dieser Pause der Zuschauerraum geleert werden

1) Die Verfügung des Zensors gibt kein subjektives Recht. Etwas anderes ist natürlich, ob einem Kinobesitzer, der von der Polizei zugelassene unzüchtige Films vorgeführt hat, nachgewiesen werden kann, daß er das Bewußtsein der Unzüchtigkeit gehabt habe. Es wird das auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Wiederholt ist diese Feststellung von den Strafkammern getroffen worden.

2) Vgl. außer meinem Aufsatz über „Kinder und Kinomatograph. Eine rechtliche Untersuchung" („Volkswart" 1911 S. 181/184, 1912 S. 19/22, 39/42) auch Gerland „Die Bekämpfung des Kinematographenunwesens" („Die Polizei" Jahrg. IX S. 121/124).

muß. Bedenken können wohl auch dagegen geltend gemacht werden, daß es der Polizeibehörde erlaubt sein soll, die Jugendvorstellungen auf bestimmte Tagesstunden zu beschränken oder anzuordnen, daß die Jugendvorstellungen für die Tage oder die Woche eine bestimmte Zahl nicht überschreiten dürfen. In allen diesen Fällen liegt zwar eine unzulässige Beschränkung der Gewerbefreiheit nicht vor, wohl aber ist mir der polizeiliche Zweck, der mit diesen Bestimmungen verfolgt wird, nicht klar ersichtlich.

Für zweckmäßig dagegen halte ich diese Regelung des Kinderverbots durchaus, abgesehen davon, daß mir die Altersgrenze etwas zu hoch gegriffen erscheint. Insbesondere möchte ich hervorheben, daß es das einzig Richtige ist, Jugendlichen nur den Besuch besonderer Kindervorstellungen zu gestatten, da es zwecklos, ja geradezu schädlich ist, ihnen in Begleitung ihrer Eltern oder anderer Erwachsener den Besuch der allgemeinen Vorstellungen zu gestatten, wie es vielfach leider noch immer geschieht [1]).

Daß weitergehende Anordnungen der Schulbehörde, wie dies in Abs. 4 des § 7 ausdrücklich erwähnt worden ist, durch diese polizeiliche Regelung des Kinderverbots nicht berührt werden, ist selbstverständlich, da es sich bei ihnen um Maßregeln der Schuldisziplin handelt, und nicht um polizeiliche Vorschriften [2]).

Ob § 9 rechtsgültig ist, nach welchem die Vorschriften des § 8 entsprechend „für die Ankündigung von Vorstellungen jeder Art" gelten sollen, ist mir außerordentlich zweifelhaft [3]). Nach seiner allgemeinen Fassung bezieht er sich nicht nur auf Plakate usw., für welche nach der ausdrücklichen Vorschrift des Reichspreßgesetzes die landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten worden sind, sondern auch auf Ankündigungen, welche zweifellos unter dem Schutze der Preßfreiheit stehen, beispielsweise Annoncen in Zeitungen. Schon dieser allgemeinen

---

1) So schon in meinem Aufsatze über „Kinematograph und Jugendschutz" („Die Selbstverwaltung" 1910 Sp. 785/788); so jetzt auch Wild, „Die Bekämpfung des Kinematographenunwesens" („Schweizerisches Jahrbuch für Jugendfürsorge über das Jahr 1912", Zürich 1913) S. 97 f.

2) Ueber dieses sogenannte „Schulverbot" werde ich in dem nächsten Heft des „Schularchivs" handeln.

3) Eingehender werde ich diese Frage demnächst erörtern. Aehnliche Bestimmungen finden sich auch in anderen Verordnungen. So besagt § 8 der Berliner Polizeiverordnung vom 20. Mai 1908: „Oeffentliche Ankündigungen von kinematographischen Bildern, deren Vorführung polizeilich verboten ist, sind unzulässig."

Fassung wegen, welche auch Tatbestände darunter subsumiert, welche der landesrechtlichen Regelung gar nicht unterliegen, halte ich den § 9 für rechtsungültig. Daß er zulässig wäre, wenn er sich auf Plakate usw. beschränken würde, müßte ich bestreiten, da auch § 8, wie oben ausgeführt, zu weit geht. Davon abgesehen, erscheint es allerdings an sich möglich, daß Schundplakate aus denselben sittenpolizeilichen Gründen verboten werden können wie Schundfilms; es kommt das auf die besondere Gestaltung des einschlägigen landesrechtlichen Preßrechts an; da mir die fraglichen Bestimmungen für das Großherzogtum Sachsen-Weimar nicht bekannt sind, muß ich diese Frage hier dahingestellt sein lassen.

Wenn zur Kontrolle bestimmt ist, daß den Polizeibeamten der freie Eintritt zu den Vorstellungen jederzeit zu gestatten ist (§ 13), so wird dies als zulässig zu erachten sein; es dürfte aber weiterhin auch zulässig sein, wenn im zweiten Absatz bestimmt wird, daß unentgeltlicher Eintritt auch solchen Personen gewährt werden muß, welche von der Polizeibehörde zwecks sachverständiger Prüfung der Zulässigkeit der Bilder hinzugezogen werden.

Die Strafbestimmung enthält § 15: „Zuwiderhandlungen werden, soweit sie nicht unter andere strafrechtliche Bestimmungen fallen, mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark, an deren Stelle im Falle der Unbeibringlichkeit Haft bis zu sechs Wochen tritt, bestraft."

Als Täter kommt bei den Uebertretungen im allgemeinen nur der Unternehmer bzw. der verantwortliche Betriebsleiter oder sein Angestellter in Frage. Der letztere beispielsweise gemäß § 12, wenn er als Vorführer einen Film vorführt, trotzdem ihm bekannt ist, daß er von der Polizeibehörde als unzulässig bezeichnet worden ist oder gemäß § 7, wenn ihm bekannt oder infolge Fahrlässigkeit nicht bekannt ist, daß eine Person, die er zu einer allgemeinen Vorstellung als Kassierer oder als Platzanweiser einläßt oder duldet, noch nicht 17 Jahre alt ist. Die Zuschauer machen sich, soweit ich sehe, nur dann strafbar, wenn sie gegen § 5 in Verbindung mit Abschnitt C der Anlage, also gegen die Betriebsvorschriften verstoßen, indem sie beispielsweise rauchen oder Ausgangstüren oder Gänge während der Vorführung nicht freihalten. In allen anderen Fällen können meines Erachtens die Zuschauer nicht verantwortlich gemacht werden, so insbesondere nicht, wenn sie den Vorführungsraum betreten, da die Fassung des Gebots: „Der Zutritt zum Apparatraum ist unbefugten Personen durch Anschlag zu verbieten" ergibt, daß sich diese Vorschrift nur an den Unter-

nehmer oder Betriebsleiter richtet [1]). Aus den gleichen Gründen können auch Jugendliche unter 17 Jahren, welche die allgemeinen Vorstellungen besuchen, nicht bestraft werden, selbst dann nicht, wenn sie sich etwa als siebzehnjährig ausgegeben haben, denn § 7 verbietet nur die „Zulassung" von Jugendlichen, nicht den Besuch der allgemeinen Vorstellungen durch Jugendliche.

Für zweckmäßig kann ich diese Gestaltung nicht halten, namentlich in dem letzteren Fall. Etwas anderes wäre es, wenn man das Kinderverbot auf die schulpflichtige Jugend beschränken würde, da dann die Schulzucht ergänzend eingreifen könnte. Nicht erwünscht ist es auch, daß höhere Strafandrohungen nicht vorgesehen sind und auch nicht vorgesehen werden können, da dies nur in einem Gesetze möglich wäre. Die Erfahrung hat gezeigt, daß die geringen Strafen bei den Kinobesitzern gar nichts fruchten, da ihre Einnahmen groß sind und nur wenige von den Fällen, in denen sie sich einer derartigen Uebertretung schuldig machen, zur Bestrafung gelangen [2]).

§ 16 endlich enthält die Uebergangsbestimmungen, indem er anordnet, daß die Verordnung auch auf die zur Zeit ihres Inkrafttretens bestehenden kinematographischen Unternehmungen Anwendung findet, jedoch mit der Maßgabe, daß für sie die in §§ 1 bis 5 gegebenen Vorschriften binnen 3 Monaten nach dem Inkrafttreten zu erfüllen sind, soweit nicht das Staatsministerium in einzelnen Fällen eine Befreiung bewilligt.

Sind nach allem auch eine Reihe rechtlicher Bedenken zu äußern und ist es bei anderen Bestimmungen wenigstens zweifelhaft, ob sie zweckmäßig gestaltet sind, so wird man die Ministerialverordnung im allgemeinen doch als einen durchaus geglückten Versuch, das öffentliche Kinematographenrecht, soweit es landesrechtlicher Regelung zugänglich ist, zusammenfassend und einheitlich zu ordnen, betrachten müssen.

---

1) Etwas anderes wäre es natürlich, wenn es hieße: „Der Zutritt zum Apparatraum ist unbefugten Personen verboten. Dies ist durch Anschlag bekannt zu machen."

2) Zweckmäßig wäre es nach Beispiel des Württembergischen Entwurfs eine Bestimmung aufzunehmen, durch die der Begriff des fortgesetzten Vergehens ausgemerzt wird. Vgl. meine „Kritische Betrachtung des würtembergischen Gesetzentwurfs betreffend öffentliche Lichtspielvorstellungen" („Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung von Württemberg" 1913) S. 158.



Kann ein Eisenbahnunternehmen für die Flächen seines Bahngeländes Anteil am Jagdpachtgeld verlangen?

Von Gerichtsassessor Dr. Singewald in Gera.

Diese Frage ist kürzlich auf der Grundlage des Jagdgesetzes für Reuß j. L. vom 7. April 1897 entschieden worden.

Die Gera-Meuselwitz-Wuitzer Eisenbahn A.-G. hatte zwei Jagdgenossenschaften gegenüber für die in die betreffenden Jagdbezirke fallenden Flächen ihres Bahngeländes (Fahrbahn, Böschungen und Gräben) einen dahingehenden Anspruch erhoben. Sie ist damit im Verwaltungsstreitverfahren in zwei Instanzen unterlegen. Der Streit war zunächst vor dem Fürstlichen Landratsamt Gera als der Jagdaufsichtsbehörde, dann vor dem Fürstlichen Ministerium, Abteilung für das Innere, in Gera als Beschwerdeinstanz anhängig. Von der Möglichkeit der Anfechtungsklage beim gemeinschaftlichen Oberverwaltungsgericht in Dresden hat die unterlegene Beschwerdeführerin keinen Gebrauch gemacht. Die Abweisung des Anspruchs wird im wesentlichen darauf gegründet: Das Jagdrecht wohne grundsätzlich dem Grundeigentume inne (§ 1 a. a. O.). Von den selbständigen Jagdbezirken abgesehen, bildeten alle Grundstücke eines Gemeindebezirks, einschließlich derer, auf denen die Jagd aus rechtlichen Gründen (§ 49 Ziff. 2 a. a. O., § 367 Ziff. 8, § 368 Ziff. 7 StGB.) oder aus tatsächlichen Gründen (bebaute Flächen, Gehöfte, Kirchhöfe, Ortsstraßen und -Plätze) nicht ausgeübt werden könne, einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk und alle ihre Eigentümer eine Jagdgenossenschaft. Also falle auch das Bahngelände der Beschwerdeführerin in die bezüglichen Jagdbezirke und sei diese auch Mitglied der bezüglichen Jagdgenossenschaften (§§ 7 und 13 a. a. O.). Gleichwohl sei sie weder stimmberechtigt noch berechtigt, am Jagdpachtgeld teilzunehmen. Denn dies beides werde ebenso wie andererseits die Verpflichtung zum Ersatze des Wildschadens im Gesetze nicht vom Grundeigentum schlechthin, sondern vom Eigentume an jagdbarer Grundfläche abhängig gemacht (§ 13 Abs. 6 und 7), und jagdbare Grundfläche sei das Bahngelände nicht. Mangels jeden Anhalts im Gesetze müsse der Inhalt dieses Begriffs, „jagdbar" der sprachlichen Bedeutung des Wortes entnommen werden, und es sei dann jedenfalls die Fläche nicht jagdbar, auf der eine ordnungsmäßige Jagd aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich sei. Mit

dieser Auslegung entspreche man auch den Absichten des Gesetzes: das Jagdpachtgeld solle für den Einzelnen ein Ausgleich dafür sein, daß er sich der Ausübung seines Jagdrechts, das ihm ja kraft des Grundeigentums zustehe, zugunsten der Genossenschaft enthalten müsse, dann aber gebühre es auch dem nicht, bei dem eine Ausübung des Jagdrechts an sich nicht in Frage komme, dessen Jagdrecht an sich gegenstandslos, ein nudum jus sei. Dies treffe auf die Beschwerdeführerin zu: auf ihrem hier in Frage kommenden Grundbesitz sei eine ordnungsmäßige Jagd wenn nicht schon aus tatsächlichen, so doch aus rechtlichen Gründen unmöglich. Denn das Betreten des Bahngeländes sei nach § 78 ff. der Eisenbahnbau- und Betriebsordnung vom 4. Nov. 1904 verboten, der Jäger dürfe also hier geschossenes oder gefallenes Wild weder selbst holen noch durch Hunde holen lassen (§ 78 Abs. 8 ebenda), er dürfe hier auch keine Schlingen oder Fallen stellen, könne das Wild also hier weder aufsuchen noch verfolgen noch im Wege der Treibjagd erlegen, könne auch das erlegte Wild nicht aufbrechen und mitnehmen. So sei eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd auf dem Bahngelände ausgeschlossen. Also sei dieses keine jagdbare Grundfläche und fehle daher die gesetzliche Voraussetzung für den geltend gemachten Anspruch.

Soweit die Ministerialentscheidung. Das Ergebnis will mir befriedigend erscheinen, und auch der Begründung wird man beitreten können, sofern man nur die hier gegebene Auslegung des Begriffs „jagdbar" auf den juristischen Sprachgebrauch stützt, das Wort also im gesetzestechnischen Sinne versteht. Denn der gemeine Sprachgebrauch gibt noch keinen Anhalt dafür, derartige Worte auf „. . . .bar" im Sinne auch einer rechtlichen Möglichkeit zu verstehen.

Uebrigens ist (nach Mardersteig, Jagdrecht 1908, S. 70, Anm. 1) in einer Entscheidung des Großherzoglichen Staatsministeriums vom 11. Nov. 1892 ein ganz gleichartiger Anspruch auch auf der Grundlage des weimarischen Rechts für unbegründet erachtet worden. Dagegen wäre er auf der Grundlage der Preußischen Jagdordnung vom 15. Juli 1907 wohl anzuerkennen; denn nach § 25 dieses Gesetzes erfolgt die Verteilung der Jagdeinkünfte unter die Jagdgenossen nach dem Verhältnis ihres Grundeigentums ohne Rücksicht darauf, ob oder inwieweit dieses jagdbar ist oder nicht.

Schließlich sei hier noch die Frage gestreift, ob der Streit um einen derartigen Anspruch nicht eigentlich auf den Rechtsweg gehörte. Sie will mir nicht ganz unzweifelhaft scheinen. Ich möchte sie aber

für den vorliegenden Fall doch verneinen. Zwar handelt es sich meines Ermessens allerdings um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes, gleichviel ob man bei der Auslegung dieses Begriffs nun mehr auf den Rechtstitel des geltend gemachten Anspruchs oder mehr auf dessen Rechtswirkung sieht. Ich möchte aber annehmen, daß durch § 53 des reußischen Jagdgesetzes die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden begründet ist. Diese Gesetzesstelle weist ihnen ja an sich nur „die staatliche Aufsicht über die Ausübung des Jagdrechts und die Beschlußfassung in Jagdpolizeisachen" zu. Doch wird sich die Ansicht vertreten lassen — und ihr entspricht auch die Praxis —, daß damit auch die rechtlichen Beziehungen zwischen der Jagdgenossenschaft als solcher und ihren Mitgliedern als solchen von den Verwaltungsbehörden beaufsichtigt und eintretenden Falles entschieden werden sollen. Und damit wäre dann nach § 13 GVG. für Streitigkeiten über diese rechtlichen Beziehungen der Rechtsweg ausgeschlossen.

Uebrigens entspricht dies meines Wissens auch dem Rechtszustande in anderen Staaten, vergl. z. B. § 106 des preußischen Gesetzes, betr. die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden, vom 1. Aug. 1883: hier werden alle Streitigkeiten „über die Verteilung der Erträge der gemeinschaftlichen Jagdnutzung" auf den Weg des Verwaltungsstreitverfahrens verwiesen.

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

10. Durch Zahlung der Hypothekenschuld erwirbt der Hypothekenschuldner das Recht, eine zur Löschung geeignete Quittungserklärung vom Hypothekengäubiger zu verlangen. Der Gläubiger kann diese Quittungsleistung nicht zurückhalten, auch wenn ihm gegen den Schuldner noch andere Forderungen zustehen, die aus demselben rechtlichen Verhältnisse wie die Hypothekenforderung entstanden sind.

Der Kläger hat im September 1906 von der Beklagten ein Gastwirtschaftsgrundstück in Rothenstein gekauft und zugleich sich verpflichtet, seinen Bierbedarf von der Beklagten zu übernehmen. Im Dezember 1906 kündigte die Beklagte dem Kläger eine Hypothekenforderung von 13000 M., die dieser bei dem Kaufe des Grundstücks übernommen hatte; sie klagte die Forderung ein und erlangte die Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 13000 M. nebst 4 Proz. Zinsen seit dem 14. September 1906. Der Kläger bot nun der Beklagten die Zahlung der Urteilssumme an, der Beklagte weigerte sich aber, die vom Kläger geforderte Bewilligung zur Löschung der Hypothek zu erteilen, wenn Kläger ihr nicht zugleich den Schaden ersetze, der ihr infolge Verzuges des Klägers mit der Rückzahlung des Hypothekenkapitals durch die Notwendigkeit entstanden sei, diese Summe anderweit gegen höhere Zinsen zu entleihen, und er ferner die von ihr erhobenen Ansprüche wegen Zuwiderhandelns gegen die Bierbezugspflicht und eine weitere aus dem Vertragsverhältnis ihr angeblich erwachsene Forderung befriedige. Da der Kläger sich dessen weigerte, führte die Beklagte im Mai 1908 die Einleitung des Zwangsversteigerungsverfahrens herbei. Kläger hinterlegte nun die 13000 M. nebst Zinsen und einem Kostenbeitrage, und erhob Klage auf Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung, sowie auf Verurteilung der Beklagten, die Löschung der Hypothek zu bewilligen und ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Verweigerung der Annahme der 13000 M. nebst Zinsen und durch die Beschlagnahme seines Grundstücks entstanden ist und noch entstehen wird. Das Landgericht hat die Beklagte demgemäß verurteilt, das Berufungsgericht die Berufung der Beklagten hiergegen zurückgewiesen.

Das Berufungsgericht nimmt in Uebereinstimmung mit dem Landgericht an, daß der Kläger berechtigt gewesen sei, gegen Zahlung der Hypothekenschuld eine Quittung darüber zu fordern, und zwar gemäß § 368 Satz 2 BGB. in einer Form, welche nach den Vorschriften des Weim. Pfandgesetzes vom 6. Mai 1839 die Löschung der Hypothek ermöglichte, und daß die Beklagte die Erteilung einer solchen Quittung auch nicht wegen des etwaigen Bestehens der anderen von ihr geltend gemachten Forderungen habe verweigern dürfen. Insbesondere stehe ihr ein Zurückbehaltungsrecht wegen dieser Forderungen an der vom Kläger verlangten Löschungsbewilligung nicht zu. Die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung dieser Löschungsbewilligung entspringe aus der durch die Tilgung der Pfandschuld verursachten Unrichtigkeit des Hypothekenbuchs und der damit

verbundenen Beeinträchtigung des Eigentums am Pfandgrundstück zugunsten der Beklagten, während die angeblichen Ansprüche auf Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung des Darlehnsvertrags und auf Vertragsstrafe wegen Zuwiderhandlung gegen den Bierbezugsvertrag aus dem Vertrage vom 14. Dezember 1906 hergeleitet würden. Hiernach sei die von § 273 BGB. geforderte Einheitlichkeit des Verhältnisses zwischen der Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der Löschungsbewilligung und ihren sonstigen Forderungen nicht gegeben. Kläger handele auch nicht wider Treu und Glauben, wenn er ohne Rücksicht auf seine Verpflichtungen gegenüber der Beklagten aus dem Darlehns- und Bierbezugsvertrage von dieser die Einwilligung in die Löschung der Hypothek verlange.

Die Beklagte sei daher durch die Weigerung der Quittungsleistung gegenüber der angebotenen Zahlung in Verzug geraten.

Die Revision wendet sich mit ihrem zweiten und Hauptangriff gegen die vorstehenden Ausführungen des Berufungsurteils. Sie rügt die Verletzung der §§ 273 und 368 BGB. und führt aus, daß, wenn auch der Anspruch auf Quittungserteilung erst mit der Zahlung zur Entstehung gelange, er doch seine Grundlage in dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, im vorliegenden Falle also in den Verträgen vom September 1906 habe, auf denen auch die Gegenansprüche auf Schadenersatz und Vertragsstrafe beruhen, die Voraussetzungen des § 273 BGB. also gegeben seien.

Diese Rüge ist nicht begründet. Ob überhaupt die angefochtene Entscheidung in diesem Punkte auf der Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und nicht wesentlich auch auf der des Weim. Pfandgesetzes vom 6. Mai 1839 beruht, ist aus der Begründung des Urteils nicht mit Bestimmtheit zu ersehen. Das erwähnte Pfandgesetz und in dessen Ergänzung das Gemeine Recht sind gemäß Artikel 189 EGzBGB. insoweit hier maßgebend, als es sich um Fragen des dinglichen Rechtes an Grundstücken handelt, denn zu der hier in Betracht kommenden Zeit war das Grundbuch im Großherzogtum Sachsen noch nicht als angelegt anzusehen, seine Anlegnng vielmehr erst durch das Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung vom 18. Mai 1906 (Weim. RegBl. 205) die Höchste Verordnung betreffend das Grundbuchwesen vom 11. März 1908 (Weim. RegBl. 107) und die Ministerialverordnung vom 12. März 1908 (Weim. RegBl. 127) in die Wege geleitet worden. Dagegen sind die obligatorischen Beziehungen zwischen den Parteien lediglich nach dem geltenden deutschen bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

Art. 189 EGzBGB. trifft diese Beziehungen nicht. (Vergl. Motive zu § 110 des Entwurfs zum EGzBGB. 271.) Danach untersteht die Verpflichtung zur Quittungsleistung und die — nicht dingliche — Befugnis des Schuldners zur Verweigerung der geschuldeten Leistung hier lediglich den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Eine Verletzung dieser Bestimmungen aber läßt das angefochtene Urteil nicht erkennen.

Die Verpflichtung des Gläubigers, Quittung über die empfangene Zahlung zu leisten, entsteht erst mit der Zahlung als deren durch die Bestimmung des positiven Rechts geordnete und durch die Bedürfnisse des Verkehrs nach Treu und Glauben unbedingt geforderte Folge. Die Zahlung, nicht schon der Vertrag, auf dem die gezahlte Forderung beruht, begründet dasjenige Schuldverhältnis, durch welches der Gläubiger zur Quittungsleistung verpflichtet wird. Aus diesem Schuldverhältnis aber ergibt sich — vergleiche den Wortlaut des § 273 BGB. — daß dem Gläubiger ein Recht, die Quittungsleistung um anderer Forderungen willen zurückzuhalten, auch dann nicht gegeben ist, wenn diese anderen Forderungen mit der gezahlten „aus demselben rechtlichen Verhältnis" entsprungen sind. Das Gesetz gibt dem Schuldner das Recht, die Leistung zurückzuhalten, wenn der Gläubiger die Quittung verweigert (vgl. Motive zu §§ 269, 270 des Entw. I BGB. 2, 88), weil diese Verweigerung gegen Treu und Glauben verstößt. Dieses Zurückbehaltungsrecht des Schuldners kann der Gläubiger nicht vereiteln durch die Geltendmachung anderer ihm zustehender Forderungen. Der Schuldner ist zwar nicht berechtigt, eine einheitliche Schuld in Teilen zu tilgen, wohl aber die verschiedenen Forderungen des Gläubigers, auch wenn sie aus demselben rechtlichen Verhältnis stammen, gesondert zu befriedigen: er hat (vgl. § 366 BGB.) die Befugnis, diejenige Schuld zu bestimmen, welche er tilgen will, und die Zahlung jeder einzelnen Schuld gibt ihm das Recht auf die Quittung hierüber. Dieses Verlangen der Quittungsleistung verstößt auch keineswegs gegen Treu und Glauben, vielmehr lediglich umgekehrt die Weigerung des Gläubigers, diese Quittung zu erteilen.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß der Schuldner nach § 368 Satz 2 BGB. berechtigt ist, die Quittungsleistung in einer solchen Form zu fordern, daß sie ihm ermöglicht, die für die getilgte Forderung bestellte Hypothek zur Löschung zu bringen, so daß also die Quittungsleistung zugleich die Aufgabe des Hypothekenrechts in sich schließt. Die Bestimmung des § 368 Satz 2 BGB. ist auch in

dieser Beziehung hier maßgebend, weil es sich nicht um die dingliche Wirkung der Hypothek, sondern um die obligatorischen Beziehungen zwischen Hypothekengläubiger und Schuldner handelt. Es stehen dieser Auffassung aber auch die dinglichen Bestimmungen des Hypothekenrechts weder nach dem Weim. Pfandgesetz vom 6. Mai 1839 — insoweit ist die Begründung des angefochtenen Urteils nach § 549 ZPO. in der Revisionsinstanz zwar nicht nachzuprüfen, aber zweifelhaft zutreffend — noch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich entgegen. Die Anerkennung des von der Beklagten in Anspruch genommenen Zurückbehaltungsrechts an der Löschungsbewilligung für die gezahlte Hypothek würde vielmehr eine unzulässige Einschränkung des jenen Gesetzen wie allen neueren Hypothekenrechten zugrunde liegenden Prinzips der Spezialität der Hypothek bedeuten.

Ebenso ist auch der erste Angriff der Revision unbegründet. Hier wird gerügt, daß das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten, sie sei zur Erteilung einer löschungsfähigen Quittung deshalb nicht verpflichtet, weil der Kläger ihr nicht den Ersatz des Schadens angeboten habe, der ihr durch die Aufnahme eines Darlehns zu höheren Zinsen entstanden, nur unter dem Gesichtspunkt geprüft habe, ob sie die Annahme einer Teilleistung habe verweigern dürfen und ob ihr ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden habe, daß es dagegen anerkannt habe, daß die Hypothek auch für die Schadensersatzforderung wegen verspäteter Rückzahlung haftete. Die Beklagte hat aber in den Vorinstanzen gar nicht behauptet, daß eine solche Haftung der Hypothek bestünde. Sie besteht auch zweifellos nicht, da das Weim. Pfandgesetz, wie oben erwähnt, den Grundsatz der Spezialität des Hypothekenrechtes aufgenommen hat (vgl. die §§ 9, 90 ff., besonders 95 des Gesetzes) und die Hypothek nach dem Tatbestand der Vorderurteile nur für die Forderung von 13000 M. nebst 4 Proz. Zinsen bestellt worden ist.

Auch im übrigen läßt das angefochtene Urteil eine Verletzung von Rechtsnormen, welche die Revision begründen könnte, nicht erkennen. Die Revision war daher, wie geschehen, zurückzuweisen.

Urteil des 1. Senats vom 18. März 1910. U 7/09 (nach Weimar).

11. Verjährung des Honoraranspruchs eines Architekten für Ausarbeitung eines Bauplans (§ 196 Ziff. 1, 7 BGB.).

Der Anspruch auf Bezahlung des Bauprojekts ist nicht verjährt. Weder § 196 Ziff. 1 BGB. schlägt ein, noch § 196 Ziff. 7 BGB.

Kl. ist als Architekt kein Kaufmann, da er nicht ins Handelsregister eingetragen war (§ 2 HGB.) und die Geschäfte des Architekten auch nicht zu den in § 1 HGB. aufgezählten Grundhandelsgeschäften gehören. Er ist auch kein Fabrikant oder Handwerker und ebensowenig Kunstgewerbetreibender. Er ist Künstler, betreibt nicht nur ein künstlerisch veredeltes Handwerk (Kunstgewerbe). — Auch zu den in § 196 Ziff. 7 BGB. genannten Personen ist er nicht zu rechnen, dort ist nur an geringere Dienstleistungen gedacht, wie sie im täglichen Verkehr gewöhnlich vorkommen, an Dienstleistungen, die regelmäßig gleich vergütet werden (vgl. Gruch. 50, 93 ff.; Oertmann, BGB. § 196 Anm. 2 f.).

Urteil des 3. Zivilsenats vom 3. Juli 1912. 3 U 26/12 (nach Gotha).

12. ZPO. § 104 Abs. 3 Satz 4, §§ 567, 793. — Die Anordnung des Gerichts, daß die Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses bis zur Entscheidung über die Erinnerung auszusetzen sei, ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar.

Eine solche vorläufige „Anordnung vor der Entscheidung" nach § 104 Abs. 3 Satz 4 ZPO., die die Durchführung der Entscheidung vorbereiten und sichern soll, ist — wie im Falle des § 766 Abs. 1 Satz 2 ZPO. (RG. 35, 341) — keine der Beschwerde unterliegende „Entscheidung" im Sinne des § 567 ZPO., insbesondere noch keine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren im Sinne des § 793 ZPO. § 104 Abs. 3 Satz 5 zeigt bei Vergleichung seiner Fassung („gegen die Entscheidung") mit der der Sätze 3 („die Entscheidung") und 4 („vor der Entscheidung"), daß das Gesetz nur gegen die „Entscheidung", nicht auch gegen die vorläufige „Anordnung" ein Rechtsmittel zulassen will.

Beschl. des Feriensenats vom 8. August 1912, 3 W 86/12 (nach Gotha).

13. Ueber die Kostenbeträge kann schon im Prozeß entschieden werden, wenn die Hauptsache erledigt ist, der siegende Teil eine Kostenrechnung aufgestellt hat und einzelne Posten davon in Streit sind.

Der Kläger hat vor mündlicher Verhandlung am 11. März die Klage zurückgenommen, der Beklagte hat ihm am 20. März Kostenrechnung geschickt. Sie lautete über 288,45 M., darunter 124,80 M.

Kosten eines Zwischenanwalts, 31,20 M. Gebühr nach § 23 [1] RAGO., § 47 [1] GKG. und der Pauschsatz nach § 76 RAGO. Der Kläger lehnte am 17. April die erste Gebühr ab, wegen der anderen bat er um nähere Aufklärung.

Am 2. Mai lud der Beklagte, um über die Kosten zu verhandeln, am 21. Mai zahlte der Kläger 104,— M. Prozeßgebühr nach § 13 RAGO. usw., zusammen 126,05 M., aber nicht die Kosten des Zwischenanwalts und die Gebühr nach § 23 [1] RAGO. Im Termin am 24. Mai beantragte der Beklagte, den Kläger zu den Kosten abzüglich dieses Betrags zu verurteilen, und das Landgericht erkannte so. Der Beklagte leitete dann das Kostenfestsetzungsverfahren ein.

Mit der sofortigen Beschwerde gegen das Urteil macht der Kläger geltend, durch die 126 M. habe er alle Kosten abgegolten; was der Beklagte darüber hinaus verlange, sei nicht erstattbar gewesen, das habe das Gericht gleich im Prozeß entscheiden und deshalb dem Beklagten die weiteren Kosten auferlegen müssen.

Daß in derartigen Fällen gleich durch Urteil über die einzelnen Kostenbeträge entschieden werden kann, hat der dritte Zivilsenat am 26. Juni 1912 erkannt (ThürBl. 60, 21).

Ueber die Kostenbeträge im einzelnen, so hat der Senat damals angenommen, wird nach §§ 103, 104 ZPO. im Kostenfestsetzungsverfahren entschieden, und dies setzt ein Urteil über die Kostenpflicht voraus. Dies beruht aber doch nur auf der praktischen Erwägung, daß sich erst im Urteil entscheidet, wer die Kosten zu tragen und wer sie zu verlangen hat. Vorher müßte jeder Teil eine Berechnung aufstellen und das würde für den einen eine unnütze Arbeit sein, mindestens dann, wenn es sich um eine weitläufige Berechnung handelte. § 103 der früheren Fassung der ZPO. gestattete deshalb den Betrag der Kosten vor Amtsgerichten im Urteil festzusetzen, wenn er sofort zu ermitteln war. §§ 103, 104 jetziger Fassung schließen aber nicht aus, daß darüber hinaus unter Umständen auch einmal im Hauptverfahren und Urteil entschieden wird, welche Kostenbeträge erstattbar sind, die Entscheidung braucht nicht nur im Festsetzungsverfahren zu erfolgen. Entfallen die Gründe dafür, daß das Festsetzungsverfahren eingeführt ist, hat es gar keinen Zweck, in diesem eine Rechnung aufzustellen, ist schon vorher klar, welcher Teil gewonnen hat, und hat dieser schon im Hauptprozeß seine Rechnung aufgestellt, der Gegner sich auch auf die einzelnen Posten eingelassen, so ist kein besonderes Festsetzungsverfahren notwendig, es kann im Hauptprozeß darüber entschieden

werden. Ausgeschlossen ist es nicht: wie so oft ist eine gesetzliche Bestimmung begrenzt durch den Zweck, dem sie dienen soll. Geht sie diesem entgegen, so greift sie nicht platz. Ueber Forderungen wird im allgemeinen in Prozessen entschieden, über Prozeßkosten, weil sie Anhängsel der Hauptsache sind, in einem Kostenfestsetzungsverfahren, weil es vorher ohne unnützen Aufwand gar nicht möglich ist, sie zu fordern. Ist es ohne solchen möglich, so tritt wieder der allgemeine Grundsatz ein und es kann auch im Hauptprozeß über die geforderten Kostenbeträge entschieden werden. So wird unbedenklich im Prozeß darüber entschieden, wenn Prozeßkosten als Hauptsache auf Grund eines besonderen Rechtsanspruchs eingeklagt werden.

Ist die Hauptsache erledigt und sind dann die Kosten allein Streitgegenstand, so kann der Gewinnende den Unterliegenden verurteilen lassen, die Kosten zu zahlen, ohne daß er die Beträge berechnet. Dann ist rein die Kosten*pflicht* Streitgegenstand und es kann nicht über die Beträge erkannt werden. Anders aber, wenn der Gewinnende eine Kostenrechnung aufstellt, der Unterliegende einzelne Beträge bezahlt und nur die übrigen bestreitet. Dann geht der Streit in Wirklichkeit um die Kostenbeträge, die nicht bezahlt sind.

Könnte im Prozeß nur über die abstrakte Kostenpflicht entschieden werden, so könnte der Schuldige gar nicht einwenden, er habe auf die ihm angeforderten Kosten bestimmte Beträge bezahlt. Er könnte diese Einrede nicht im Hauptprozeß vorbringen. Mit Recht aber hat das Reichsgericht angenommen, die Einrede müsse im Prozeß zugelassen werden (RG. 62, 188). Geht man so weit, so muß man auch den Einwand gelten lassen, mit der Zahlung sei alles erledigt, was gefordert worden sei, darüber hinaus könne nichts mehr verlangt werden.

Wenn § 271 Abs. 3 ZPO. bestimmt: bei Zurücknahme der Klage *ist* auf Antrag die Verpflichtung, die Kosten zu tragen, durch Urteil auszusprechen, so ist auch das kein ausnahmslos gültiger Satz, er sagt nicht mehr, als was sonst von Kosten und Festsetzungsverfahren gilt. Er setzt voraus, daß überhaupt noch eine Verpflichtung besteht, kommt aber nicht zur Anwendung, wenn sich aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt, daß die Verpflichtung in vollem Umfange erfüllt ist.

Zwar hat nach § 308 Abs. 2 ZPO. das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen über die Verpflichtung, die Kosten zu tragen. Das ist aber nicht vorgeschrieben im öffentlichen Interesse; denn es gilt nicht, wenn der Prozeß gar nicht zum Abschluß kommt: es beruht nur auf Parteiinteressen, nur braucht es nicht geltend gemacht zu werden, es wird ohnedem angenommen.

Ein Rechtsschutzbedürfnis für eine abstrakte Kostenentscheidung liegt aber nicht vor und solche ist daher nicht zu erlassen, wenn die Parteien schon im Hauptprozeß in die Kostenbeträge eingegangen sind und ein Teil gezahlt, der andere bestritten worden ist.

Ausnahmsweise könnte hier ein Interesse vorliegen, wenn noch nachträglich Kosten zu erwarten gewesen wären. Das ist aber nicht geltend gemacht worden und auch nicht anzunehmen. Wird im Urteil ohne den Umweg über das Kostenfestsetzungsverfahren über streitige einzelne Kostenbeträge entschieden, so wird auch das unpraktische Ergebnis vermieden, daß — wie die Entscheidung OLGRsp. 17, 149 will — trotzdem eine Partei durch Urteil zu den Kosten verurteilt worden sei, im Festsetzungsverfahren abgelehnt wird, sie für die Kosten erstattungspflichtig zu erklären, die durch Herbeiführung des Urteils erwachsen seien.

Dafür, daß in Fällen vorliegender Art auch schon im Urteil über die Kosten erkannt werden kann, haben sich ausgesprochen OLGRsp. 23, 156; 13, 143, 144; 19, 97.

Daß sofort der Richter und nicht wie im Festsetzungsverfahren zunächst der Gerichtsschreiber entscheidet, steht nicht entgegen, der Gerichtsschreiber entscheidet nur vorläufig an Stelle des Richters.

Die Kostenbeträge, die der Kläger bestritt, waren nicht notwendig und erstattbar und deshalb war der Beklagte zu den Kosten zu verurteilen, die nach der Zahlung vom 21. Mai entstanden sind; denn er unterliegt mit dem Verlangen danach. Eines Vermittlungsanwalts bedurfte der Beklagte nicht. Das Rechtsverhältnis ergab sich im wesentlichen aus schriftlichen Unterlagen und der Beklagte konnte unmittelbar einen Anwalt beim Prozeßgericht annehmen.

Die besondere Gebühr für Terminsvertagung kann kein Prozeßbevollmächtigter nicht verlangen. § 23 RAGO. bestimmt nur, daß, wenn eine Gebühr für Terminsanberaumung zulässig ist, sie $^3/_{10}$ beträgt. Daß sie hier nicht zulässig ist, ergibt ganz klar § 29 RAGO., wonach die Gebühren des § 13 die gesamte Tätigkeit des Anwalts umfassen vom Auftrag bis zur Beendigung der Instanz und daß dazu namentlich gehören (Ziff. 6): das Verfahren über Streitpunkte des § 47 Z. 1 GKG., d. i. Bestimmung von Terminen. Der Anwalt des Beklagten hat aber Prozeßgebühr nach § 13 RAGO. bekommen, mit Unrecht fordert er darüber noch $^3/_{10}$.

Beschluß des Feriensenats vom 29. August 1912, 3 W 84/12 (nach Gotha).

14. **Gesamthypotheken auf reußischen und altenburgischen Grundstücken; die altenburgischen ermäßigten Gebühren für gleichzeitige oder nachträgliche Mitbelastungseintragungen sind nur anwendbar, wenn die entsprechende Hauptgebühr in Sachsen-Altenburg zu erheben oder erhoben ist (altenb. Kostenordn. f. d. Gerichte § 65, § 63 Abs. 2 Ende, Abs. 3).**

Nach den Feststellungen des Landgerichts sind zwei Gesamthypotheken, die an Grundstücken des Beschwerdeführers in Reuß j. L. bestanden, nachträglich auf ein weiteres reußisches und ein altenburgisches Grundstück des Beschwerdeführers erstreckt worden und ferner hat der Beschwerdeführer weitere zwei Gesamthypotheken an einer Anzahl von ihm gehörenden reußischen und an dem altenburgischen Grundstücke neu bestellt. Für die Eintragungen jener Mitbelastungen und dieser Neubestellung auf dem Grundbuchblatte des altenburgischen Grundstückes hat der Gerichtsschreiber des altenburgischen Grundbuchamts die Gebühren so berechnet, wie wenn es sich um die erstmalige Eintragung einer einfachen Hypothek (nicht Gesamthypothek) handelte. Der Antragsteller (jetzige Beschwerdeführer) wendet dagegen ein, daß hier nur die ermäßigten Gebühren zu erheben seien, die die altenburgische Kostenordnung für die Fälle des nachträglichen Eintritts eines Grundstücks in die Mithaft wegen einer bereits eingetragenen Hypothek und für die Fälle der gleichzeitigen Mitbelastung mehrerer Grundstücke vorsieht (§ 63 Abs. 2 am Ende, Abs. 3 § 65). Das Amtsgericht hat diese Erinnerung, das Landgericht die Beschwerde zurückgewiesen.

Die weitere Beschwerde ist unbegründet. Gewiß ist die Auffassung des Grundbuchamts nicht zu billigen, daß jene Gebührenermäßigungen nur dann Platz zu greifen hätten, wenn alle Grundstücke in demselben Amtsgerichtsbezirke liegen. Denn diese Beschränkung (die z. B. in den Preußischen Gerichtskostengesetzen von 1895/99 § 58 Nr. 4, § 64 Abs. 2 und von 1910 § 58 Nr. 5, § 59 Nr. 3c eine Rolle spielt) hat die altenburgische Kostenordnung nicht einführen wollen, wie die Verweisung auf § 53 Abs. 5 Satz 2 in § 65 Schlußsatz ergibt. Würden also die übrigen von den Gesamthypotheken betroffenen Grundstücke zwar außerhalb des Amtsgerichtsbezirks R., aber innerhalb des Herzogtums Sachsen-Altenburg liegen, so würden allerdings die ermäßigten Gebührensätze anzuwenden sein. Diese Rechtsauffassung teilt aber auch das Landgericht. Wenn dieses die

ermäßigten Gebühren versagt, gründet es dies nicht auf die Amtsgerichtsbezirks-, sondern auf die Staatsgrenzen. Es geht dabei mit Recht davon aus, daß es sich bei der Kostenordnung um ein Landesgesetz handelt. Die Reichsgesetzgebung hat eben darauf verzichtet, als sie die Rechtseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und des Verfahrens in freiwilliger Gerichtsbarkeit und in Grundbuchsachen schuf, zu deren Durchführung auch auf dem praktisch sehr bedeutsamen Gebiete des Kostenwesens die partikulären Schranken zu beseitigen, wie dies z. B. auf dem Gebiete des Prozeßkostenwesen geschehen war. Jeder Einzelstaat kann daher die mit seinen Gerichten in Berührung kommenden Rechtsangelegenheiten nach eigenem Ermessen mit Gebühren belegen, und es fehlt für Angelegenheiten, die hiernach dem Bereich der Gebührengesetze mehrerer Einzelstaaten unterfallen, an Vorschriften zur Vermeidung einer Doppelbelastung. Es ergeben sich daher ähnliche Härten für das Publikum wie bei der Urkundenstempelsteuer (altenb. StStG. § 2, insbes. Abs. 8). So ist der Einzelstaat unter anderem in der Lage, für die Frage, ob für eine Grundbucheintragung eine ermäßigte Gebühr zu erheben ist, Umstände, die das nach seinem Gesetz rechtfertigen sollen, außer Berücksichtigung zu lassen, wenn sie sich in dem Gebiete eines anderen Staates vollzogen haben. So steht es auch in der vorliegenden Frage. Die altenburgische Kostenordnung kann die nachträgliche oder alsbaldige Mitbelastung von altenburgischen Grundstücken bei Hypotheken, die im übrigen außeraltenburgische Grundstücke belasten, wiewohl ein durch Reichsrecht materiell und verfahrensrechtlich einheitlich geregeltes einheitliches Geschäft und Zusammenwirken der Grundbuchämter ohne Rücksicht auf Landesgrenzen in Frage steht, dennoch kostenrechtlich ohne Rücksicht auf diese Zusammengehörigkeit lediglich nach dem Gesichtspunkte behandeln, inwieweit daran der altenburgische Staat mit seinen Gerichtsbehörden teil hat.

Daß sie in der hier streitigen Frage in der Tat eine solche Stellung einnimmt, hat das Landgericht mit Recht angenommen. Sie will für die Eintragungen oder Löschung auf jedem „weiteren" Grundbuchblatte nur „noch 1 v. H." der Gebühr erheben, die sie im ganzen Betrage „nur einmal", von der Eintragung oder Löschung auf dem ersten Grundbuchblatte zu erheben vorschreibt. Es handelt sich also nur um einen geringen Zuschlag zu der eigentlichen Gebühr. Dieser ist aber offensichtlich nur deshalb so erheblich niedriger bemessen, weil die eigentliche Vergütung für die Tätigkeit und Verantwortlichkeit des Gerichts schon in der Hauptgebühr erblickt wird und der Zuschlag nur

noch die durch die Mehrheit von Blättern verursachte größere Mühewaltung entlohnen, zugleich auch einen gewissen Druck zugunsten der Zusammenschreibung des zersplitterten Grundbesitzes ausüben soll (ldsch. Mitt. 1898/1900, 2, 387 zu § 62). Danach kann es nicht der Sinn dieses Gesetzes sein, daß der altenburgische Staat sich mit dieser als Zuschlag gedachten, verhältnismäßig sehr geringfügigen Gebühr von $^1/_{100}$ von $^3/_{1000}$ des Wertes (d. i. 3 Pfg. von je 1000 M., wegen der Mindestsätze des § 65 und des § 28 bis 1000 M. 30 Pfg., bis etwa 16000 M. 50 Pfg., überhaupt höchstens 2,50 M.) begnügen will, wenn er nicht vor allem die volle Gebühr für die Haupttätigkeit die Gebühr für die Eintragung auf dem „ersten" Grundbuchblatte bezieht. Es läßt sich vielmehr erkennen, daß die altenburgische Kostenordnung dasselbe will, was die weimarischen Gerichtskostengesetze von 1899 (§ 128 Abs. 1 Satz 2 mit § 112 Abs. 3) und 1909 (§ 167 Abs. 1 Satz 3) mit ausdrücklichen Worten noch besonders aussprechen: „Grundstücke, welche außerhalb des Gebiets des Großherzogtums liegen, bleiben außer Betracht." Danach ist die Eintragung landeskostenrechtlich als erstmalige (erste inländische) Eintragung der Hypothek nach § 59 zu behandeln; der ermäßigte Satz des § 65 käme nur auf ein etwa gleichzeitig noch mit zu belastendes zweites (und jedes weitere) altenburgische Grundbuchblatt in Anwendung.

Aehnlich liegt es bei der Gebühr für die Eintragung des nachträglichen Eintritts eines Grundstücks in die Mithaft für eine Hypothek. Wiewohl es sich bei dem Eintritt in die Mithaft oder bei der Entlassung aus der Mithaft genau genommen für das eintretende oder ausscheidende Grundstück nicht bloß um eine Veränderung des Inhalts des an ihm bestehenden Rechtes, sondern um dessen völlige Neubegründung oder völlige Löschung handelt (nur für die übrigen Grundstücke bedeutet das eine Inhaltsänderung) — vgl. Mügel, Pr. GKG. (6) Anm. 8 zu § 60; Pr. GKG. 1899 § 64 Abs. 1 Satz 2 gegenüber § 60, 1910 § 65 gegenüber § 60; weim. GKG. § 167 Abs. 2 gegenüber § 164; R. ä. L. § 77 Abs. 3 gegenüber § 75 —, so hat doch die altenburgische Kostenordnung (§ 63 Abs. 2 Ende) diese Fälle, und zwar offenbar auch soweit es sich um die Eintragung auf dem Blatte des eintretenden oder ausscheidenden Grundstücks selbst handelt, den bloßen Inhaltsveränderungen gebührenrechtlich gleichgestellt. Diese unterliegen nur dem bedeutend niedrigeren Urkundentarif (§ 30) und auch diesem nur zu $^3/_{10}$. Der Grund ist erkennbar der, daß der Staat für die zu verändernden

Rechte bereits bei ihrer Begründung eine angemessene Eintragungsgebühr erhalten hat und deshalb darauf verzichten kann, für die vermutlich geringere Gefahr und Mühe bei den bloßen Aenderungen nochmals eine hohe Gebühr zu erheben. Derselbe Gesichtspunkt hat auch dazu geführt, den Inhaltsänderungen die Mitbelastungen und Teilentlassungen gleichzustellen. Ausdrücklich wird gerade hier auch hervorgehoben, daß es sich um die Mithaft für eine „bereits eingetragene" Belastung handeln soll; das soll offenbar den Ermäßigungsgrund betonen, es wird also dabei unterstellt, daß es sich um ein schon einmal mit der Haupteintragungsgebühr belegtes Recht handelt. Daraus ist deshalb auch hier zu entnehmen, daß der ermäßigte Satz nur dann begründet sein soll, wenn das Recht bereits innerhalb Sachsen-Altenburgs eingetragen ist, und daß außeraltenburgische Eintragungen nicht als Voraussetzung für seine Anwendbarkeit in Betracht kommen sollen. Wenngleich es sich also nach Grundbuchrecht um eine Mitbelastung handelt, ist sie doch landeskostenrechtlich nicht als nachträgliche Mitbelastung (§ 63 Abs. 2 Ende), sondern als erste kosteninländische Eintragung zu behandeln (§ 59); eine Berechnung des Wertes nach § 63 Abs. 3 — statt nach § 66 — kann deshalb nicht in Frage kommen. Erst einer später noch folgenden Mitbelastung käme diese Ermäßigung der Gebühr zugute.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 25. September 1912, 3 Y 7/12 (nach Altenburg).

15. § 9a GKG. findet auf einen Anspruch aus § 62 des Unterstützungswohnsitzgesetzes Anwendung.

Die Stadtgemeinde B. hat nach § 62 UWG. auf Ersatz des Unterhalts, den sie selbst den Eltern des Beklagten gewährt hat, und für die Zukunft auf Zahlung einer Unterhaltsrente an diese unmittelbar geklagt.

Das Landgericht hat den Streitwert für diesen zweiten Teil nach § 9a GKG. auf den fünffachen Jahresbetrag festgesetzt. Die Beschwerde will dagegen nach § 9 ZPO. den zwölfeinhalbfachen Jahresbetrag berechnet haben.

Sie ist unbegründet.

Wenn auch aus § 62 UWG. geklagt ist, so ist doch ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch im Sinne des § 9a Abs. 2 GKG. streitig. Denn der Klaganspruch selbst gründet sich auf die §§ 1601 ff. BGB. Daß ihn nicht der Unterhaltsberechtigte, sondern der Ortsarmenverband geltend macht, berührt nicht seine Rechtsnatur als Unter-

haltsanspruch. § 62 UWG. begründet lediglich die Aktivlegitimation, ändert aber nicht den Inhalt des Anspruchs. Das gilt besonders bei der Form des Klagantrags hier: Zahlung an die Eltern unmittelbar. Gerade auf den Inhalt des Anspruchs aber legt § 9a seiner Fassung nach Gewicht, dagegen nicht auf die Person des Klägers, denn er spricht sachlich vom „Anspruch auf Alimente", aber nicht persönlich vom „Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Gewährung des Unterhalts".

Sein Zweck ferner ging dahin, die Unterhaltsprozesse zu verbilligen. Es ist daher kein Unterschied im Streitwert je nach der Person des Klägers zu machen. Klagten die Eltern selbst den Unterhalt ein, so würde ohne Zweifel § 9a gelten. Es fehlt aber ein gesetzgeberischer Grund, den Rechtsstreit dann wesentlich zu verteuern, wenn den Anspruch nicht die Eltern verfolgen, sondern der Ortsarmenverband, zumal da die öffentlichen Körperschaften ohnehin mit hohen Armenlasten beschwert sind und eine Verteuerung ihrer Prozesse dem öffentlichen Interesse widerstreiten würde.

§ 9a ist daher anwendbar. Der Senat tritt damit den Oberlandesgerichten Düsseldorf, Bamberg und Karlsruhe bei, während er den abweichenden Standpunkt des Reichsgerichts (SächsArch. 15, 517) nicht mit Fassung und Zweck des § 9a und dem praktischen Bedürfnis für vereinbar hält.

Beschluß des ersten Zivilsenats vom 8. Oktober 1912, W 186/12 (nach Eisenach).

---

2. Strafrecht und Strafverfahren.

11. Die Tatbestände des § 10 Ziff. 2 des Nahrungsmittelgesetzes. § 367 Ziff. 7 StGB. gilt neben dem Nahrungsmitelgesetz, soweit sein Tatbestand weiter ist. Nahrungsmittelgesetz und das Ausschreiben vom 25. März 1908 über den Verkehr mit Milch. Fahrlässigkeit beim Feilhalten von Milch.

Das Landgericht hat den Angeklagten verurteilt, weil er fahrlässig gegen § 10 Ziff. 2 des Nahrungsmittelgesetzes verstoßen habe. Nun enthält § 10 Ziff. 2 zwei Tatbestände, einmal das Verkaufen verdorbener, nachgemachter oder verfälschter Nahrungs- oder Genußmittel unter Verschweigung ihrer Beschaffenheit und dann das Feilhalten solcher Nahrungs- oder Genußmittel unter einer zur Täuschung

geeigneten Bezeichnung. Welchen Tatbestand das Verhalten des Angeklagten erfüllt, darüber spricht sich das Landgericht nicht klar aus. Es stellt zunächst fest, daß ein Polizeibeamter aus dem zum Verkauf bereitstehenden Gefäß Milch entnommen habe und daß das Nahrungsmitteluntersuchungsamt bei der Prüfung gefunden habe, daß die Milch 20 Proz. Wasser enthalten habe. Dann fügt es an, der Angeklagte habe seinen Abnehmern keine Mitteilung gemacht, daß die Milch einen solchen Wasserzusatz gehabt habe. Während die erste Feststellung auf ein Feilhalten der Milch hindeutet, spricht der andere Satz dafür, daß das Landgericht auch einen Verkauf der Milch feststellen will. Eine Verurteilung des Angeklagten wegen Feilhaltens der gewässerten Milch nach § 10 Ziff. 2 würde nicht angehen, solange nicht auch festgestellt wird, daß das Feilhalten unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung geschehen ist. Dazu genügt nicht ein bloßes Verschweigen der wahren Beschaffenheit, es muß vielmehr eine besondere irreführende Bezeichnung hinzukommen (z. B. Aufschrift auf dem Milchgefäß: „Vollmilch", vgl. RGSt. 12, 301). Will das Landgericht auch einen Verkauf der gewässerten Milch feststellen, so würde der erste Tatbestand des § 10 Ziff. 2 dagegen erfüllt sein.

Die Unklarheit beschwert den Angeklagten nicht. Denn selbst wenn die §§ 10 Ziff. 2, 11 des Nahrungsmittelgesetzes auf seine Tat nicht anzuwenden wären, so würde er doch nach den Feststellungen des Landgerichts immer den § 367 Ziff. 7 StGB., der dieselbe Strafe androht, übertreten haben. Danach ist schon das bloße Feilhalten verfälschter oder verdorbener Getränke oder Eßwaren strafbar, und diese Bestimmung ist neben dem Nahrungsmittelgesetz in Geltung geblieben, soweit sie umfassender ist (vgl. RG. 12, 301; 26, 114, 419).

Daß gewässerte Milch, wie sie der Angeklagte feilgehalten hat, als verfälscht anzusehen ist, hat das Landgericht mit Recht angenommen. Seine Begründung ist allerdings nicht einwandfrei, wenn es ausführt, die Milch sei als verfälscht zu betrachten, da nach dem Meiningischen Ausschreiben vom 25. März 1908 gewässerte Milch zur menschlichen Nahrung nicht in den Verkehr gebracht werden dürfe. Der Begriff der Verfälschung bestimmt sich nach dem Nahrungsmittelgesetz oder nach § 367 Ziff. 7 StGB., nicht nach dem Ausschreiben.

Den Begriff der Fahrlässigkeit — darauf liegt der Schwerpunkt der Revision — hat das Landgericht nicht verkannt. Es ist richtig, wenn es fordert, daß auch der Milchhändler, der nur eine geringe Menge Milch verkauft und diese von einem einzigen zuverlässigen Verkäufer bezieht, seine Milch untersuche. Die Anforderungen, die an

einen solchen Händler zu stellen sind, mögen geringer sein als bei einem solchen, der seine Milch von vielen Lieferanten bezieht und bei dem schon Verfälschungen vorgekommen sind. Ganz unterlassen aber darf er die Untersuchung nicht. Wenn der Angeklagte in der Revisionsbegründung behauptet, er habe die Milch bei der Lieferung besichtigt, so wendet er sich gegen die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts.

Urteil des 1. Strafsenats vom 12. Oktober 1912, S 93/12 (nach Rudolstadt).

12. Verkündung polizeilicher Anordnungen R. ä. L. — Notwendigkeit, stets den wirklichen Sachverhalt zu ermitteln.

Das Landgericht sieht das Verbot des Landratamts G., den Kommunikationsweg von O. nach M. mit Kraftfahrzeugen zu befahren, deshalb für ungültig an, weil es nicht „in der genügenden Weise" oder „in der vorgeschriebenen Form" publiziert worden sei. Es spricht sich nicht deutlich aus, welche Form es für genügend oder vorgeschrieben hält. Wiederholt betont es, das Landratsamt übe mit einer derartigen Verordnung Gesetzgebungsgewalt aus. Wenn es unter diesem Gesichtspunkte fordern sollte, das Sperrverbot müßte in einem Verordnungsblatt veröffentlicht werden, so ist das falsch. Ein solches Verbot enthält nur eine Verwaltungsverfügung, eine polizeiliche Anordnung des Landratsamts für den einzelnen Fall, wie sie neben den allgemeinen polizeilichen Vorschriften gegeben werden kann, die der § 23 der Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910 vorsieht. Sie verbietet den Verkehr nur auf diesem einen Weg. Darin liegt nur ein Verwaltungsakt, das Landratsamt gibt damit kein Gesetz. Der aber braucht nicht in der feierlichen Weise veröffentlicht zu werden, wie sie die Verfassungen für Gesetz oder Rechtsverordnungen vorschreiben. Nur für Gesetze und allgemeine Verordnungen — das sind allgemeine Vorschriften, die von den Regierungsorganen ohne Mitwirkung der Volksvertretung auf Grund gesetzlicher Ermächtigung erlassen werden können und unmittelbar Verbindlichkeit für die Untertanen haben — gibt die R. ä. L. Regierungsverordnung vom 28. Januar 1852 an, daß sie in dem Amts- und Verordnungsblatt zu veröffentlichen sind. Für einfache polizeiliche Anordnungen bestimmt das Landesrecht von R. ä. L. nirgends, daß sie in besonderer Weise verkündet werden müßten. Dann genügt aber nach allgemeinen staatsrechtlichen Regeln, daß sie deutlich und zuverlässig denen erkennbar gemacht werden, gegen die

sie sich richten. (Laband, Staatsrecht (5) 2, 196 f.). Dabei ist jedes Mittel zulässig, schriftliche wie mündliche Mitteilung; wenn sie für die Allgemeinheit bestimmt sind, auch Aushang, Maueranschläge, ja selbst Zeichen, wenn solche allgemeinverständlich sind. Ein gültiges Verbot liegt also auch vor, wenn es nur an dem Wege selbst ersichtlich gemacht ist.

Das Schöffengericht hatte sich nun gar nicht darauf eingelassen, ob ein Verbot an dem Wege steht. Das Landgericht nimmt allerdings an, ein Verbot sei dort angeschlagen. Es hat sich aber gar nicht näher damit befaßt, was für ein Verbot in Wirklichkeit dort steht. Und doch hätte man, wie so oft, die tatsächliche Frage zunächst prüfen und feststellen müssen, wie das Verbot lautet.

Das Landratsamt konnte die Sperrung des Weges auf Grund der landesherrlichen Verordnung vom 27. August 1906 (§ 21) anordnen und nachdem diese durch das Reichsgesetz vom 3. Mai 1909 (nicht erst eine landesrechtliche Verordnung) aufgehoben worden war, nach § 23 der Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910. Es hat am 12. November 1907 gesperrt und dies am 19. November in dem Amts- und Verordnungsblatt bekannt gemacht. Vorgeschrieben war durch § 21 Abs. 2 der Verordnung vom 27. August 1906 nur, daß polizeiliche Vorschriften dieser Art an den betreffenden Stellen durch öffentlichen Anschlag auf hierzu kenntlich gemachten Tafeln zur Kenntnis zu bringen seien. Das Landgericht sagt nun, zum mindesten hätte das Datum des Verbotes an der Straße geändert werden müssen. Es hat indes nicht geprüft, ob der Anschlag überhaupt ein Datum enthält. Es wäre also zu einem anderen Ergebnis gekommen, wenn irgendwie hervorgetreten wäre, daß die Tafeln nach dem Erlaß der Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910 angebracht worden wären. Da schon der Gendarm in seiner Anzeige berichtet, das Verbot sei durch Tafeln mit schwarzen Kugeln auf gelbem Grunde zur öffentlichen Kenntnis gebracht, hätte es allen Anlaß gehabt, seine Aufmerksamkeit hierauf zu richten. Diese Tafeln sind nach einer Ausführungsbestimmung des Bundesrats zu § 23 seiner Verordnung vom 3. Februar 1910 eingeführt, um in ganz Deutschland Sperrungen gleichmäßig kenntlich zu machen. Hätte nun das Landgericht das nachgeprüft und festgestellt, daß die Straße durch derartige Zeichen gesperrt gewesen sei, so wäre die Verordnung auch nach seiner Meinung rechtsgültig bekannt gemacht worden. Das Urteil ist daher aufzuheben. Ob nicht auch die Sperre rechtsgültig wäre, wenn der

Anschlag noch das Datum des 12. November 1907 trüge, braucht dann nicht geprüft zu werden.

Das Landgericht ist nur darauf eingegangen, ob der Angeklagte die Vorschrift des § 366 Ziff. 10 StGB. übertreten habe, die Strafbestimmung des § 21 des Automobilgesetzes hat es nicht berücksichtigt. Diese geht aber als die engere der allgemeinen des Strafgesetzbuchs vor. Das wird nachzuholen sein.

Ob der Zustand des Weges oder die Eigenart des Verkehres das Verbot des Landratsamts rechtfertigt, wird das Landgericht nicht zu prüfen haben. Hält die Verwaltungsbehörde eine solche Verfügung für notwendig oder auch nur für zweckmäßig, so entzieht sich dies richterlicher Beurteilung (ThürBl. 48, 239 ff.).

Urteil des 1. Strafsenats vom 19. Oktober 1912, S 96/12 (nach Greiz).

13. Kreisgesetze mit Strafandrohungen nach Meiningischem Recht, besonders Kreisgesetze über indirekte Abgaben. — „Tanzbelustigung" und „Veranstaltung" von Tänzen nach der Verordnung vom 27. April 1906 und dem Kreisgesetz des Kreises Meiningen vom 6. Juli 1908. Schuldvermutung bei Steuerdelikten.

Der Angeklagte ist wegen Hinterziehung von Tanzabgaben in drei Fällen zu Geldstrafen von je 40 M. verurteilt worden. Er hat nach den Feststellungen des Landgerichts am 14. Februar, 14. April und 19. Mai 1912 im Saale seiner Gastwirtschaft Tänze veranstaltet, ohne die Abgabe, die durch das Kreisgesetz des Kreises Meiningen vom 6. Juli 1908/26. Dezember 1909 eingeführt ist, zu entrichten. Das Kreisgesetz schreibt vor, daß von jeder im Kreise Meiningen stattfindenden Tanzbelustigung, die zu den in Art. 3—5 der Verordnung vom 27. April 1906 erwähnten Tanzvergnügen gehört — Ausnahmen im § 2 — eine Abgabe zur Kreiskasse erhoben wird, die für die im Art. 4 der Verordnung aufgeführten Tänze 5 M., für die übrigen abgabepflichtigen Tänze 10 M. beträgt.

Die Abgabe hat der Veranstalter des Tanzes zu entrichten, neben ihm haftet dafür der Inhaber der Räumlichkeit, wo der Tanz abgehalten wird. Die Hinterziehung wird mit dem vierfachen Betrag der Angabe bestraft, außerdem ist diese nachzuzahlen. Die Hinterziehung wird als geschehen angesehen, sobald mit dem Tanz begonnen ist, ohne daß die Abgabe entrichtet ist.

Zunächst kann das Bedenken entstehen, ob die Strafandrohung des Kreisgesetzes überhaupt gültig ist. Das Kreisgesetz ist nach Art. 15e, 18b des Mein. Ges. vom 15. April 1868 (mehrere Bestimmungen in bezug auf das Gemeindewesen betreffend) erlassen. Danach unterliegt der Entscheidung des Kreisausschusses die Erhebung indirekter Abgaben für die Kreiskasse, ein Beschluß über die Einführung solcher Abgaben bedarf zu seiner Gültigkeit der landesherrlichen Genehmigung. Die Zuständigkeit des Kreisausschusses ist in dem Gesetz vom 15. April 1868 geregelt, eigene Befugnis, Strafen anzudrohen, ist ihm darin nicht gegeben. Nach Art. 24 desselben Gesetzes (siehe jetzt Art. 8 der Gemeindeordnung vom 16. März 1897) haben nur die Ortsgemeinden das Recht, Ortsstatuten, geeignetenfalls mit Strafandrohungen, zu erlassen. Daß diese Bestimmung die Kreisgemeinden nicht mit umfaßt, ergibt sich daraus, daß die Ortsstatuten dem Kreisausschuß zur Begutachtung vorzulegen sind, daß also ersichtlich nur an die Ortsgemeinden gedacht ist, darauf weist auch schon die Ueberschrift des Artikels „von den Ortsstatuten" hin. Ob trotzdem den Kreisgemeinden zur Erreichung ihrer Zwecke das Strafandrohungsrecht allgemein wie den Ortsgemeinden zuzusprechen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Nach Ansicht des Senats ist ihnen jedenfalls mit dem Recht, indirekte Abgaben einzuführen und zu erheben, auch die Befugnis verliehen, zur Sicherung des Eingangs der Abgaben Hinterziehungsstrafen anzudrohen.

Hinterziehungsstrafen (daneben vielfach Ordnungsstrafen, vgl. die Reichssteuergesetze, ferner Art. 37, 38, 42 des Einkommensteuergesetzes vom 14. März 1910, Art. 22, 23 des Vermögenssteuergesetzes vom 16. März 1910 Art. 14—18 des Gesetzes über die Wandergewerbesteuer vom 25. Juni 1885) finden sich überall bei Steuern und Abgaben, deren Eingang ohne eine Mitwirkung des zur Zahlung Verpflichteten nicht sichergestellt werden kann. Sie sind im finanziellen Interesse des Staates oder des sonstigen Berechtigten eingeführt und nötig. Bilden sie auch keine ganz besondere Strafart, sind vielmehr den polizeilichen Strafen zuzurechnen, so haben sie doch wegen ihrer eigentümlichen Zwecke ihre eigenartige Ausgestaltung erfahren. Das finanzielle Interesse steht bei ihnen im Vordergrnnd. Die Strafhöhe bemißt sich nicht nach dem größeren oder geringeren Verschulden des Zuwiderhandelnden, wird vielmehr allgemein auf ein Vielfaches oder einen Teil der hinterzogenen Abgabe bestimmt. Die Hinterziehung wird beim Eintritt eines gewissen Tatbestandes vielfach ohne weiteres als vollendet angenommen, von einem Verschulden wird zuweilen

überhaupt abgesehen oder es wird doch ohne weiteres ein Verschulden vermutet und es bleibt dem Zuwiderhandelnden überlassen, die Vermutung zu entkräften. Neben der Strafe ist die Steuer oder Abgabe nachzuzahlen, das Recht der Einziehung von Gegenständen wird vorgesehen und anderes mehr, um nur das finanzielle Interesse recht sicher zu wahren (vgl. v. Liszt, Strafrecht (18) § 199; Meyer-Allfeld, Strafrecht (7) § 105 Anm. 61 und das dort angeführte Schrifttum, Weber: Gerichtssaal, 58, 33, 34, 56). Da sich eine derartige Regelung der Strafmöglichkeit allgemein im Anschluß an die Erhebung von Abgaben herausgebildet hat, soweit man bei der Erhebung auf eine Mitwirkung der Zahlungspflichtigen angewiesen ist, gehört die Strafmöglichkeit so sehr zu der Erhebung, daß man sagen kann: Wem die Erhebung solcher Abgaben gestattet ist, dem ist auch die Befugnis der Strafandrohung gegeben, um den Eingang der Abgaben zu gewährleisten. Das Recht, Abgaben zu erheben, wäre der Kreisgemeinde nicht voll gegeben, wenn ihr die Mittel, die Erhebung zu sichern, versagt würden. Man kann nicht dagegen einwenden, daß die Kreisgemeinde damit eine ganz unbeschränkte Strafandrohungsmacht hätte. Sie wird die allgemeinen Richtlinien, nach denen sich die Steuerstrafen entwickelt haben, einzuhalten haben. Und daß dies geschieht, dafür ist durch die landesherrliche Genehmigung gesorgt, die für die Einführung von Abgaben vorgeschrieben ist.

Die Feststellung des Landgerichts, daß der Angeklagte Tanzbelustigungen veranstaltet habe, die nach dem Kreisgesetz abgabepflichtig gewesen seien, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Die tatsächlichen Vorgänge sind so gewesen:

Der Angeklagte hat schon vor Jahren in der Zeitung bekannt gemacht, daß jeden Mittwoch und Sonntag in seinem Saale musikalische Abendunterhaltung stattfinde, darauf haben sich die jungen Leute in sein Lokal gewöhnt. Man hat das Orchestrion spielen lassen und hat danach getanzt. Die Gäste wissen, daß sich diese Gelegenheit zum Tanze bietet und kommen immer wieder und tanzen. Der Angeklagte ist deswegen schon oft wegen Hinterziehung der Abgabe bestraft worden. Am Mittwoch, dem 14. Februar 1912 kamen zwei Feldjäger abends gegen 10 Uhr in den Saal und fanden, daß 5 oder 6 Paare nach der Musik des Orchestrions tanzten. In der Mitte des Saales und an den Seiten standen Tische, in der Mitte war rund herum ein Gang frei, der zum Tanzen benutzt wurde. Beim Eintreten der Feldjäger hörte das Tanzen auf, nach ihrem Weggang wurde aber noch 2—3mal getanzt. Am Sonntag, dem

14. April 1912, fand ein Feldjäger, der in Zivilkleidung in den Saal kam, daß 6—8 Paare um die Tische in der Mitte des Saales im Kreise herum tanzten. Als man ihn als Feldjäger erkannte, hörte das Tanzen auf. Als derselbe Feldjäger am Sonntag, dem 19. Mai 1912 in das Wirtshaus des Angeklagten kam, wurde wieder um die in der Mitte stehenden Tische getanzt. Der Angeklagte erklärte dem Feldjäger, es sei ein Verein aus Suhl, der einen Ausflug gemacht habe. Um 11 Uhr, als niemand aus Suhl mehr da war — die Suhler sollen um ½11 Uhr zum Bahnhof in Meiningen gegangen sein — wurde aber immer noch getanzt. Das Landgericht folgert daraus, daß sich dem Tanze des Suhler Vereins, der übrigens auch nicht abgabenfrei gewesen sei, da er länger als 3 Stunden gedauert habe, zum mindesten noch eine Tanzbelustigung anderer Gäste angeschlossen habe, als deren Veranstalter der Angeklagte zu betrachten sei.

Unter Tanzbelustigung ist, wie das Landgericht ausführt, nach dem Kreisgesetz, die Ergötzung einer kleinen oder größeren Anzahl von Personen mit dem Vergnügen des Tanzes zu verstehen. Das Vergnügen muß, wenn auch durch Pausen unterbrochen, längere Zeit gedauert haben, oder der Veranstalter muß es doch in der Absicht veranstaltet haben, daß es längere Zeit dauern solle. Ein einzelner Tanz — vielleicht auch mehrere einzelne Tänze — bei dem die Absicht, einen zweiten oder mehrere Tänze folgen zu lassen, nicht besteht, ist keine Tanzbelustigung im Sinne des Kreisgesetzes.

Diese Merkmale, die das Landgericht aufstellt, fassen den Begriff der Tanzbelustigung keinesfalls zu weit. Es kann sich höchstens fragen, ob die Voraussetzungen für manche Fälle nicht zu eng bestimmt sind. Das ist aber dem Angeklagten nicht nachteilig, er ist nicht beschwert, wenn das Landgericht die drei Tänze unter diesen Gesichtspunkten geprüft und als abgabenpflichtig festgestellt hat.

Die Revision meint, der Begriff der Tanzbelustigung sei nach der Verordnung vom 27. April 1906 und hier besonders nach deren Art. 5 zu bestimmen. Es müsse sich, wie Art. 5 der Verordnung ergebe, um einen Tanz in größerer Ausdehnung handeln, der Tanz müsse besonders vorbereitet sein (durch Ausräumung und Herrichtung des Saals usw.), denn § 2 des Kreisgesetzes lasse erkennen, daß nur veranstaltete Tänze abgabenpflichtig seien. Sonst lasse sich ja auch die hohe Abgabe von 10 M. nicht erklären, Vereinstänze und die Tänze in Art. 4 der Verordnung (Tänze an den großen Festen, am Erntefeste, an gewissen Markttagen, an Kaisers- und Herzogsgeburtstage, am Sedanfeste), also alles Tänze von

größerem Umfange, seien nur mit einer Abgabe von 5 M. belegt. Hier habe es sich nicht um solche außerordentliche Tanzbelustigungen gehandelt, sondern nur um Unterhaltungsspiel und Hüpfereien jugendlicher Personen, die dem Angeklagten gar keinen besonderen Verdienst gebracht hätten.

Daß der Begriff der Tanzbelustigung der Verordnung vom 27. April 1906 zu entnehmen ist, ist gang richtig, denn das Kreisgesetz bezieht sich ausdrücklich auf diese Verordnung. Das hat das Landgericht aber auch nicht verkannt. Im besonderen handelt es sich hier auch um Tänze nach Art. 5 der Verordnung. Unrichtig ist aber, daß Art. 5 nur an Tanzbelustigungen von größerer Ausdehnung, mit größerer Teilnehmerzahl dächte. Art. 5 fordert polizeiliche Erlaubnis zur Abhaltung von Tanzbelustigungen in anderen Fällen und in größerer Ausdehnung, als in Art. 2—4 zugelassen ist. Die größere Ausdehnung bezieht sich aber nur auf die Zeit der Tanzbelustigungen. Die Art. 2—4 befreien gewisse Tänze von polizeilicher Erlaubnis nur, wenn sie bestimmte Zeitgrenzen einhalten. Tun sie das nicht, so sind auch sie von der Erlaubnis abhängig, das ist der Sinn der „größeren Ausdehnung“ in Art. 5.

Auch die Höhe der Abgabe läßt keinen Schluß darauf zu, daß das Kreisgesetz nur Tanzbelustigungen von größerem Umfange treffen wolle. Es belegt die gewöhnlichen und üblichen Tänze mit der geringeren Abgabe von 5 M., alle anderen aber mit der höheren von 10 M. ohne etwas über den Umfang der einzelnen Tanzbelustigungen zu bestimmen. Ebensowenig fordert es, wie auch die Verordnung vom 27. April 1906, als Voraussetzung, daß der Tanz in der Weise besonders vorbereitet worden sei, wie es bei den in Art. 4 der Verordnung genannten Tänzen (an den großen Festtagen, am Erntefest, an Kaisersgeburtstag usw.) üblich sei. Für eine solche Auslegung gibt das Wort „veranstalten“ in § 2 des Kreisgesetzes keinen Anhalt. Sie ist auch nicht, wie die Revision weiter meint aus Art. 5 der Verordnung zu entnehmen. Natürlich ist in Art. 5 der Verordnung (vgl. auch den § 3 des Kreisgesetzes) an geplante Tänze gedacht, wenn vorgeschrieben wird, daß die Erlaubnis spätestens 3 Tage vor dem Tanz einzuholen sei. Aber daraus läßt sich nicht herleiten, daß Art. 5 nur solche längere Zeit vorher geplante Tanzbelustigungen treffen wolle. Die Verordnung vom 27. April 1906 will auch Tanzereien, die aus einer raschen Eingebung des Augenblicks heraus veranstaltet werden, einschränken, sie geht davon aus, daß solche Tänze, abgesehen von einzelnen Ausnahmefällen in Art. 2

und 3, ohne polizeiliche Erlaubnis nicht zuzulassen sind. Art. 5 bezieht sich allgemein auf alle Tanzbelustigungen, die in Art. 2—4 nicht geordnet sind. Wollte man anderer Ansicht sein, so wäre der Umgehung der Verordnung Tür und Tor geöffnet. Es hätte dann auch wenig Sinn, Tänze, die sich dem Landausflug einer geselligen Vereinigung anschließen, bei geringer Dauer besonders für erlaubnisfrei zu erklären (Art. 2 Ziff. 3). Uebrigens sind die drei Tänze, die hier in Betracht kommen, nach den Feststellungen des Landgerichts gar keine solchen gewesen, die unvermittelt veranstaltet worden waren Der Angeklagte hätte bei ihnen wohl rechtzeitig um Erlaubnis nachsuchen können, wie aus den Eröterungen folgt, die das Landgericht zur Frage der Veranstaltung gibt. Er wußte danach lange vorher, daß getanzt werden würde.

Das Landgericht betrachtet den Angeklagten in allen drei Fällen als Veranstalter. Wer Veranstalter ist, ist nicht leicht in eine für alle Fälle passende Formel zu bringen. Das Landgericht sagt ganz richtig, je nach der Persönlichkeit des Veranstalters können verschiedene Tätigkeiten erforderlich sein. Vor allem ist die Tätigkeit eines Wirts, der einen Tanzsaal hat und darin eine Tanzbelustigung veranstaltet, anders als die anderer Personen, die einen Tanz veranstalten und sich zu diesem Zwecke mit einem Saalinhaber in Verbindung setzen. Ferner werden die Tätigkeiten des Veranstalters unter den einzelnen Umständen, die zur Veranstaltung des Tanzes führen, recht verschieden sein können (längere Zeit vorher geplante und aus einer kurzen Entschließung heraus durchgeführte Tänze). Veranstalter ist jedenfalls nicht, wer den Tanz bloß anregt. Veranstalter ist der, von dem der Tanz ausgeht, der ihn in die Wege leitet. Wer das im einzelnen Falle ist, bedarf genauer tatsächlicher Erörterungen. So kann bei einer Tanzbelustigung, die im Anschluß an einen Ausflug stattfindet, der Wirt Veranstalter sein, wenn er von sich aus oder vielleicht auf Anregung aus dem Kreise der Teilnehmer hin, die Möglichkeit zum Tanzen gibt. Aber auch einzelne Teilnehmer können die Durchführung des Tanzes so in die Hand nehmen, daß sie als Veranstalter zu gelten haben. Unter Umständen auch werden Wirt und einzelne Teilnehmer zusammen Veranstalter sein.

Die allgemeine Bestimmung des Begriffs „Veranstalter" sagt für sich allein nicht viel und ist Mißverständnissen ausgesetzt. Auch das Landgericht hat eine allgemeine Formel gegeben. Es sagt: „Veranstalter einer Tanzbelustigung ist, wer bewirkt, daß sie stattfinden kann", und weiterhin — so greift es die Revision aus den Aus-

führungen des Landgerichts heraus — „Veranstalter ist der Wirt, der nicht alles tut, um den Tanz seiner Gäste zu verhindern". Die allgemeine Formel des Landgerichts mag, für sich allein betrachtet, unrichtig sein — z. B. bewirkt ein Wirt, der bei einem Tanz eines Vereins seinen Saal für den Tanz herrichtet, auch mit, daß der Tanz stattfindet, trotzdem ist er nicht Veranstalter — daß das Landgericht aber von der richtigen Auffassung des Begriffs „Veranstaltung" ausgeht, zeigen seine Einzelausführungen. Es geht nicht an, daraus, wie das die Revision tut, einen einzelnen Satz herauszugreifen, die Ausführungen sind im Zusammenhang zu betrachten. Gewiß ist der Wirt, der nicht alles tut, um einen Tanz seiner Gäste zu verhindern, nicht in jedem Falle Veranstalter des Tanzes. Das Landgericht stellt den Satz, daß er Veranstalter sei, aber auch nur inmitten von Ausführungen auf, die es zu den Tänzen beim Angeklagten gibt. Und hier hat es ohne Rechtsirrtum gefolgert, daß er Veranstalter sei.

Der Angeklagte hat — so ist der Gedankengang des Landgerichts — die jungen Leute für Mittwoch und Sonntag an seine Gastwirtschaft gewöhnt, er wußte, daß an diesen Tagen welche kommen würden, um zu tanzen. Das gilt auch für die drei Tage, die hier in Betracht kommen. Die Tänze sind demnach von ihm ausgegangen, nicht etwa von den jungen Leuten, die mit dem Tanz begannen. Er hat die Tänze durch die Gewöhnung der jungen Leute an seinen Saal in die Wege geleitet, seine Pflicht wäre es danach gewesen, die Tänze mit allen Mitteln zu verhindern, wollte er nicht als Veranstalter gelten. Bei diesem Gedankengang ist der Begriff „Veranstaltung" durchaus richtig zugrunde gelegt. Ebensowenig verstößt das Landgericht gegen diesen Begriff, wenn es bei den Tänzen vom 14. Februar und 14. April, obwohl der Angeklagte dabei nicht oder doch zunächst nicht anwesend gewesen ist, ihn und nicht seine Tochter, die er mit seiner Vertretung beauftragt hatte, als Veranstalter betrachtet. Auch hier legt es das Gewicht ganz richtig darauf, daß der Angeklagte, weil er die jungen Leute an seinen Saal gewöhnt hatte, wußte, daß getanzt werden würde. Nun hatte er allerdings seine Tochter angewiesen, das Tanzen zu verhindern. Das Landgericht sagt aber dazu, entweder sei das nicht ernstlich gemeint gewesen oder der Angeklagte habe doch gewußt, daß seine Tochter den Tanz nicht werde verhindern können, daß sie nicht geeignet sei, die Anweisung durchzuführen [1]).

---

1) Vgl. über Veranstaltung noch Urteil des OLG. in Dresden vom 6. Dezember 1911 Sächs. Annalen 33, 494.

Damit berührt das Landgericht zugleich die subjektive Seite der Straftaten und stellt den Vorsatz des Angeklagten fest. Dessen Auffassung, es handle sich bei den Tänzen gar nicht um abgabepflichtige Tanzbelustigungen, ist dabei ohne Einfluß, da sie den Inhalt des Strafgesetzes betrifft. Nach § 5 des Kreisgesetzes wird übrigens die Schuld an der Hinterziehung der Abgabe vermutet, zur Hinterziehung genügt die Nichtentrichtung der Abgabe, und eine Erörterung der Schuldfrage wird nur nötig, soweit Entlastungsmaterial beigebracht wird. Man könnte nach dem Wortlaut des § 5 auch daran denken, daß für die Hinterziehung überhaupt keine Schuld gefordert würde, daß die Hinterziehung ein Formaldelikt wäre, für das der objektive Tatbestand der Nichtentrichtung der Abgabe genüge. Dem ist aber wohl nicht so. Das wird auch nicht für die §§ 136, 137 des Vereinszollgesetzes angenommen, obwohl deren Wortlaut zum Teil noch mehr dafür sprechen könnte, als die Fassung des § 5 des Kreisgesetzes, vgl. darüber: Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht (4) Anm. 1 zu §§ 136 und 137, dazu RG. 10, 408; 21, 59, 399; 30, 363; 34, 223; 35, 238; vgl. ferner über die Schuldvermutung bei Steuerhinterziehung: Weber im Gerichtssaal 58, 33—43; v. Liszt, Strafrecht (18) § 36 III; Lucus, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis (3) 2, 147, 148). Ob der Angeklagte hier auch als Inhaber des Saals, in dem getanzt worden ist, strafbar sein würde, und ob auch insoweit die Schuldvermutung des § 5 des Kreisgesetzes gilt, braucht, da der Angeklagte schon als Veranstalter mit Recht verantwortlich gemacht worden ist, nicht weiter erörtert zu werden. Unrichtig ist jedenfalls die Ansicht der Revision, daß die Hinterziehungsstrafe nur den Veranstalter, nicht auch den Saalinhaber treffen könne. Das ergibt deutlich der § 5 Abs. 2 des Kreisgesetzes.

Bei dem Tanz vom 14. Februar 1912 hatte das Schöffengericht neben der Strafe darauf erkannt, daß der Angeklagte die Abgabe von 10 M. nachzahle. Das Landgericht hat die Berufung zurückgewiesen, behandelt aber im Urteil nur die Hinterziehungsstrafe, nicht die Nachzahlungspflicht. Sein Urteil ist deshalb dahin aufzufassen, daß es die Nachzahlungspflicht nicht mit aussprechen will. Das ist auch nicht Sache des Urteils im Strafverfahren (vgl. RG. 32, 304). Die Abgabe kann ja ohne weiteres im Verwaltungswege beigetrieben werden (Gesetz vom 12. März 1897 Art. 2 Ziffer 1).

Urteil des 1. Strafsenats vom 13. November 1912, S 104, 105/12 (nach Meiningen).

14. **Aufsuchen von Warenbestellungen im Umherziehen. Das einzelne Geschäft ist zu beurteilen nach den Rechtsformen, die in der Wirklichkeit gewählt sind.**

Das Landgericht lehnt deshalb „Aufsuchen von Warenbestellungen“ durch einen Detailreisenden, das wandergewerbesteuerpflichtig ist, ab und nimmt nur Bestellung auf eine „gewerbliche Leistung“ an, weil es dem Angeklagten darauf ankäme, als Photograph, der er sei, aus photographischen Verkleinerungen auf Semiemaille Nutzen zu ziehen, die Herstellung des Bildes in seinem stehenden Gewerbebetrieb die Hauptsache sei für ihn, aber auch für den Kunden, der ein Bild erwerben wolle, nicht die Fassung (Brosche, Anhänger usw.), die auch für diesen in den Hintergrund trete, obwohl ihr Wert höher sei, als die Arbeit des Verkleinerns. Das Landgericht hat vorher festgestellt, der Detailreisende frage zunächst, ob er unentgeltlich Verkleinerungen auf Semiemaille herstellen solle, die die Kunden dann einfassen und in Broschen, Anhängern usw. tragen könnten. Er komme dann mit dem fertigen Emaillebild wieder: bestellten die so von einer Papierphotographie auf Semiemaille gebrachten Leute nicht die ihnen nun vorgelegten Fassungen, so hätten sie das Emaillestück mit dem Bild umsonst, der Photograph habe also nichts für seine Mühe. Bestellten sie eine Fassung, so werde diese mit 4—5 M. berechnet, indem der Wert der Bildanfertigung — 30 Pfg. bis 1,20 M. — hineingerechnet werde.

Diese Ausführungen sind zunächst tatsächlich widerspruchsvoll, und zwar so, daß nicht nachgeprüft werden kann, ob nicht doch auch eine falsche Rechtsauffassung zugrunde liegt. Schon deshalb müssen sie, wie auch die Staatsanwaltschaft beantragt, aufgehoben werden. Wenn es der Angeklagte darauf ankommen läßt, daß er für die Bildanfertigung nichts bekommt, so ist doch diese nicht die Hauptsache, sondern es muß ihm daran liegen, auch Bestellungen auf die Einfassungen zu bekommen. Wenn das Landgericht auf das Gewerbe und den daraus gezogenen Erwerb den Nachdruck legt und darin die Hauptsache sieht, so ist von diesem Gesichtspunkte des Geldverdienens nicht verständlich, wie die Fassung, für die er doch erst sein Geld bekommt, die Nebensache sein soll, und die Photographie, für die er vielleicht gar nichts, sonst aber nur etwas versteckt erhält, die Hauptsache.

Aber das Landgericht würdigt die Vorgänge, die es feststellt, auch rein rechtlich falsch.

Es läßt die Rechtsformen, deren sich die Beteiligten bedient haben, ganz außer Betracht und urteilt nach Beweggründen, die sie innerlich geleitet haben mögen. Die Rechtsformen, die sich der Ver-

kehr in einem Fall so, im anderen Falle anders gestaltet, sind aber reale Dinge, die beachtet und gewürdigt werden müssen, sie können nicht als leere Luftgebilde übersehen werden.

Daß der Angeklagte Photograph ist, bestimmt nicht das Wesen und die wirtschaftlich-rechtliche Natur der einzelnen Geschäfte, die er abschließt. Auch ein Photograph kann mit Papier, Chemikalien, Bilderrahmen handeln, setzt, wenn er das tut, Waren ab. Ein Uhrmacher macht keine Uhren, seine Hauptnahrung ist auch nicht das Ausbessern, er verkauft Waren.

Das Landgericht meint, der Absatz der Fassungen solle nur die Verwendung der gewerblichen Leistung, die Anfertigung der Photographie, erleichtern und bequemer gestalten. Auch das ist für das Rechtsgeschäft, so wie es tatsächlich abgeschlossen worden ist, gleichgültig. Auch wenn Geschäfte eingegangen werden, um ein anderes nur zu unterstützen, sind sie so zu beurteilen, wie sie nach außen wirkend abgeschlossen sind, wie sie für die beiden Teile und für andere erkennbar dastehen. Die Rechtsform, die sich beide Parteien wählen, darf nicht unberücksichtigt bleiben, der Richter ist vielmehr daran gebunden, bis auf Ausnahmefälle, die hier nicht vorliegen. Was die Kunden gewähren müssen, ist als Kaufpreis vereinbart, so fordert es der Photograph, so gibt es der Abnehmer. Gegenüber der Vereinbarung als Kaufpreis kommt der Wert nicht in Betracht, es ist gleichgültig, wie der Abgeber verrechnet, ob als Reklameunkosten, Arbeitsleistung, Einkaufspreis der Ware, Verkaufspreis der Ware.

Aber selbst in den Fällen, wo der Wert zu berücksichtigen ist, widerspricht es doch der Auffassung des Verkehrs, den geringeren Wert als ausschlaggebend anzusehen. In der Regel wird die Hauptsache sein, was den höheren Wert hat. Darin irrt das Landgericht auch.

Aber selbst dann, wenn auf die Abstufung der Werte nicht gesehen zu werden brauchte, könnte immer noch nicht allein ausschlaggebend sein, ob der eine Teil in der Hauptsache als Photograph tätig ist, der andere mehr Gefallen an der Photographie hat als an der Einfassung. Es müßte immerhin gefragt werden, sieht der Verkehr das Ding als Bild an oder als Schmuckstück. Ein Bild mit Rahmen mag als Bild bezeichnet werden, bei einer Brosche ist es aber doch recht fraglich, ob man sie als Bild bezeichnet oder nicht, vielmehr als Schmuckstück, ob nicht die Umrahmung den Gesamteindruck bestimmt. Jemand mag einen Schrank mit der kostbarsten Bildeinlage nur um dieser willen kaufen, der Verkehr wird die Sache immer als Schrank ansehen. Aber wie das Landgericht das Beispiel des Bildes mit

Rahmen benutzt, zeigt, daß eine falsche rechtliche Beurteilung vorliegt, es trifft nicht die Sache.

Wenn ein Photograph jemand photographiert, er verkauft auch einen Rahmen mit, so setzt er in dem Rahmen eine Ware ab. Wenn der Preis für die Arbeit und den Rahmen gesondert berechnet werden, so kann das nicht zweifelhaft sein, mag der Absatz des Rahmens nur zur Unterstützung des photographischen Geschäfts dienen. Noch klarer ist es, wenn die beiden Geschäfte zeitlich auseinanderliegen, wenn zuerst die Photographie abgenommen, der Kunde später wieder kommt und einen Rahmen dazu bezieht, wie doch hier die Sache ungefähr ist.

Sagt der Photograph, sei es Reklame halber, weil er z. B. einen Schauspieler photographiert, ich will für das Bild nichts haben, bezahlen Sie nur den Rahmen, so ist es Kauf einer Ware, mag er sich nun in seinen Gedanken das irgendwie anders kalkulieren.

Wie das Landgericht von photographischem Gewerbe, von Nutzen daraus, von Hauptsache und Nebensache, von Erleichtern des photographischen Geschäfts spricht, läßt erkennen, daß bei ihm unbewußt der Gedanke Einfluß hat, es handle sich um den Gewerbebetrieb im ganzen, der unter Strafe gestellt sei, es komme darauf an, ob das Ganze als photographisches Geschäft zu bezeichnen sei, die einzelnen Abschlüsse noch als Hilfsbetriebe zu einem solchen gehörten, oder ob sie darüber hinausgingen. Dieser Gesichtspunkt schlägt nicht ein. Der einzelne Geschäftsabschluß ist daraufhin zu beurteilen, ob damit Warenbestellungen aufgesucht werden, nicht wie der Betrieb des Unternehmens im ganzen ist. Und das einzelne Geschäft ist so anzusehen, wie die Parteien es in Wirklichkeit und Tatsächlichkeit nach außen erklärt haben, wie es nach außen hat aufgefaßt werden müssen.

Soll für die gewerbliche Leistung nichts bezahlt werden, weil sie nur als Lockmittel dient, so muß es dabei bleiben. Wird die Ware nachträglich besonders gekauft, wird sie gleich mitgekauft, wird der Preis dafür gerechnet, selbst wenn er für die gewerbliche Leistung hineinkalkuliert wird, so ist es eine Warenbestellung, ein Aufsuchen einer solchen. Der Angeklagte hat also ohne Bestellung durch einen Reisenden außerhalb seines Wohnorts Bestellungen auf Waren aufgesucht.

Urteil des ersten Straffenats vom 4. Dezember 1912, S 115/12 (nach Eisenach).

15. Züchtigungsrecht Fremder (zivilrechtlich und öffentlichrechtlich) gegen Ungezogenheiten Unerwachsener auf der Straße.

Das Urteil des Landgerichts ist von Rechtsirrtum frei, der Freispruch des Angeklagten beruht auf keinem Rechtsverstoß.

Der Angeklagte, ein Obstpächter, hat einen 12-jährigen Jungen, den er schon mehrmals auf seinen Kirschbäumen erwischt hatte, wieder beim Plündern betroffen, ihn aufgefordert, herunterzukommen und ihm nicht alles kaput zu treten, und ihn, als er nicht gefolgt hat, mit einem Spazierstock nach dem Gesäß gehauen, auf die Waden getroffen, dann noch heruntergezogen und ihm einige Schläge aufs Hinterteil versetzt.

§ 223 a StGB. wendet das Landgericht nicht an, weil der Stock nach seiner Beschaffenheit und der Art der Benutzung kein gefährliches Werkzeug sei. Was gefährliches Werkzeug ist, hat es danach richtig beurteilt.

Auch § 223 StGB. schließt es aus. Den Grund, den das Schöffengericht anführt, wiederholt es zwar nicht, es lehnt ihn aber auch nicht ab, so daß anzunehmen ist, es wolle sich ihm stillschweigend anschließen und nur noch einen stärkeren Grund bringen, der der Volksauffassung näher liege.

Nach § 859 BGB. habe sich der Angeklagte, meint das Schöffengericht, der widerrechtlichen Besitzstörung durch Gewalt erwehren dürfen. Die Schläge seien erforderlich und notwendig gewesen, um die Störung wirksam abzuwehren.

Das Landgericht führt einen anderen Grund an, um die Rechtswidrigkeit auszuschließen. Nach allgemeiner, tief im Volksbewußtsein wurzelnder Ueberzeugung habe jeder Volksgenosse das Recht, zur Ergänzung des elterlichen Erziehungsrechtes und in dessen Umfang durch Züchtigung gegen jugendliche Ausschreitungen vorzugehen. Mindestens dürfe ein Volksgenosse das, wenn er die Unart selbst wahrnehme, Eltern oder Lehrer nicht anwesend seien und eine sofortige Bestrafung angebracht sei. Die Schläge hätten das durch den Erziehungszweck beschränkte Maß nicht überschritten. Mindestens habe der Angeklagte geglaubt, ein Züchtigungsrecht stehe ihm zu.

In diesen Ausführungen liegt kein Rechtsverstoß. Faßt man das Recht der Volksgenossen, wovon das Landgericht ausgeht, privatrechtlich auf, so bietet sich der Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung dar (§ 677 ff. BGB.). Ein Eingriff in fremde Rechtsgüter ist nicht rechtswidrig, wenn er sich in den Grenzen des § 677 BGB. hält. Eine Handlung, die das Recht billigt, kann nicht verboten sein. Das gilt nicht nur fürs Privatrecht, sondern auch fürs Strafrecht (Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, ArchZivPrax. 99, 110).

Die Tatsachen, die das Landgericht festgestellt hat, entsprechen den Voraussetzungen des § 677. In seinen Ausführungen liegt, daß der Angeklagte die Erziehungspflicht der Eltern hat erfüllen wollen: im Umfang und in Ergänzung des Elternrechts habe er gehandelt, als er ihren Jungen gezüchtigt habe. Der Vater war nicht anwesend, konnte also nicht einschreiten. Dieses Handeln für die Eltern darf nicht mit ihrem wirklichen oder mutmaßlichen Willen in Widerspruch stehen und muß so geschehen, wie ihr Interesse mit Rücksicht auf ihren wirklichen oder mutmaßlichen Willen fordert (§ 678 BGB.).

Darüber, ob eine Geschäftsführung — hier daß statt des Vaters auf der Stelle ein anderer gezüchtigt hat — erlaubt ist und die Widerrechtlichkeit aufhebt, entscheidet das Interesse des Vaters. Zunächst und in erster Linie wird dieses objektiv betrachtet, mitbestimmend ist aber auch die subjektive Seite, nämlich, welche Neigungen und Ziele er hat. Steht schon allgemein das objektive Interesse bei der Beurteilung voran, so gilt das da besonders, wo es sich um Fragen der Erziehung handelt. Der einzelne kann da nicht nach seinem Belieben handeln, sondern muß sich in vieler Beziehung dem Willen der Allgemeinheit fügen. Ueberhaupt aber sind bei Bewertung des Interesses maßgebend die Lebensgewohnheiten, die allgemein oder in bestimmten Kreisen herrschen, und die Anschauungen, die einer Zeit die Richtung geben.

Ein Vater hat für Erziehung seines Jungen zu sorgen, er muß unter Umständen aufkommen, wenn der Junge durch strafbare Handlungen Schaden stiftet. Deshalb muß dem verständigen Vater daran liegen, daß, wenn er selbst einem Unfug nicht wehren kann, andere ihn vertreten und dafür sorgen, daß seine Lasten nicht vergrößert, sondern der Unfug, der sie hervorruft, möglichst verhütet wird. Einige Stockschläge auf handhafter Tat gelten immer noch als gutes Mittel, 12-jährigen Jungen Gelüste zu Diebereien und Sachbeschädigungen auszutreiben. Die anderen Jungen, die mit auf den Baum gestiegen waren, haben auch Hiebe bekommen, ihre Väter haben sich nicht beschwert, die Hiebe haben also die Leute seinesgleichen als etwas Berechtigtes empfunden.

Zucht und Ordnung im heranwachsenden Geschlecht zu schaffen, wird immer mehr als Aufgabe der Allgemeinheit angesehen und immer mehr gebilligt, ja sogar gefordert, daß auch der einzelne sein Teil dazu beiträgt. Wo der einzelne sieht, daß Vernachlässigung eintritt und andere Mittel nicht zur Hand sind, muß er auch selbst eingreifen.

Daß der Vater des Jungen die Anschauungen der Allgemeinheit nicht teile, dafür lag nichts vor. Er war nicht etwa dafür bekannt, daß er alle Prügel verurteile, er war nicht in Feindschaft mit dem

Angeklagten, so daß zu vermuten gewesen wäre, er würde seine Hilfe als unerbeten und unerwünscht zurückweisen.

Ein entgegenstehender Wille war nicht erkennbar, als der Angeklagte den Jungen züchtigte. Daher braucht nicht geprüft zu werden, ob nicht nach § 679 BGB. die Züchtigung trotzdem berechtigt gewesen wäre, weil es im öffentlichen Interesse gelegen hätte, daß eine Strafe sofort eintrete.

Von bewährter Lehre und Ueberlieferung werden diese Rechtsgrundsätze geteilt.

So sagt Binding, Strafrecht 800: die tägliche Beobachtung zeige, wie eine Geschäftsführung — aber nicht für den wirklichen, vielleicht höchst verderbten, sondern für den normalen Vater — durch Rüge und nötigenfalls durch Züchtigung gegen eine außerhalb des Hauses zuchtlos auftretende Jugend nicht nur geübt werde, sondern in bestimmtem Umfang geübt werden müsse. So auch Zitelmann a. a. O. Ebenso das Oberlandesgericht Braunschweig, DJZ. 1905, 752.

Nach diesen Grundsätzen ist das Urteil des Landgerichts unangreifbar.

Neben den Gedanken des abgeleiteten — privatrechtlichen — Züchtigungsrechts tritt beim Landgericht aber noch ein anderer. Er klingt aus den Worten hervor: zur Ergänzung des elterlichen Erziehungsrechts — also nicht in dessen vermuteter Ausübung — hätten die Volksgenossen ein Erziehungs- und Züchtigungsrecht. Damit will es das Recht nicht jemand Fremdem zusprechen, wer es auch sei, sondern dem Volksgenossen als solchem, dem Gliede der Gemeinschaft, die zur Pflege und Wohlfahrt des Volks zusammengeschlossen ist. An anderer Stelle bezeichnet es das Recht ausdrücklich als öffentlich-rechtlicher, nicht privatrechtlicher Art.

Auch dieser Gesichtspunkt, der der Sache ohne weitere Umschweife, nicht durch Verknüpfung von Vorstellungen bloß gedachter Rechtsgebilde, sondern auf Grund der Anschauung des Lebens und seiner Gegensätze und des Bedürfnisses, sie zu lösen, beikommt, verdient sehr wohl Billigung in den Grenzen, die das Landgericht zieht.

Die heranwachsende Jugend muß zu Ordnung und Zucht erzogen werden, sie muß zu tüchtigen Mitgliedern der Volksgemeinschaft und der Familie herangebildet werden. Wie sich in die Erfüllung der Aufgabe teilen die Familie, der Staat durch seine geordneten Behörden, seine einzelnen Glieder, die Volksgenossen in freiwilliger Hilfeleistung, das hängt von dem Kulturstand, den Staatseinrichtungen,

vor allem den Anschauungen über die Staatszwecke ab, die sich jede Zeit bildet. Unsere Zeit und Staatsauffassung hat sich längst losgemacht von dem Gedanken der patria potestas des römischen Rechts. Bei uns hat der Staat viele Aufgaben der Erziehung übernommen, die früher dem Vater oblagen, und zwar aus eigenem Recht, weil seine Aufgabe ist, die Wohlfahrt des Volks zu pflegen und damit auch die Jugend, auf der die Zukunft beruht. Die Erziehung zu tüchtigen Gliedern der menschlichen Gesellschaft ist auch Aufgabe des Staates, sagt Dernburg (Fam. Recht 269). Aber auch sonst ist die Gemeinschaftsgesinnung, die Anteil am Wohle des Nächsten nimmt, die für die Hebung der Jugend sorgt, die da dem Volksgenossen mehr Rechte gegen Zügellosigkeit fremder Kinder gibt, gewachsen, die heutige Auffassung regt sich stärker als eine frühere Zeit gegen das, was in der Oeffentlichkeit an Ungebühr vorkommt, Tierquälereien durch Kinder usw. Selbstverständlich steht diesen Rechten das Eigenrecht der Eltern gegenüber. Die Abgrenzung ist flüssig. Das Haus ist geschützt. Der verständige Vater hat zu entscheiden. Aber ist der Vater nicht dabei, wenn sich in der Oeffentlichkeit sein Junge roh und zuchtlos benimmt, das Vergeltungsbedürfnis im Menschen sofortige Sühne verlangt, so kann ein Volksgenosse, jemand, der durch Beziehungen sozialer Natur mit der Familie verbunden ist, einschreiten. Das Ergebnis ist im Fall, wie er hier zu entscheiden ist, nicht anders, als wie das, das man nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu erreichen sucht. Das Landgericht beruft sich auf eine allgemeine, tief im Volksbewußtsein wurzelnde Ueberzeugung, in der Rechtslehre klingt dieser Gedanke an: Binding stützt sich auf die allgemeine Beobachtung, daß Züchtigung geübt werde, und kommt dann dem vom Landgericht vertretenen Grundsatz noch näher, indem er sagt: sie muß geübt werden; nicht die vermutete Zustimmung der Eltern — denn es kann feststehen, daß sie nicht zustimmen würden — wohl aber das Interesse eines jeden, daß unser Gemeinwesen nicht geschädigt werde, rechtfertigt diese Art Zuchtübung. Havenstein (GoltdArch. 51, 255) hält das Züchtigungsrecht unflätiger Straßenjugend gegenüber für eine Erziehungsbefugnis, die sich aus der menschlichen Gemeinschaft, ihren Rechten und Pflichten unmittelbar ergebe.

Urteil des 1. Strafsenats vom 4. Dezember 1912, S 113/12 (nach Altenburg).

Entscheidungen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts in Jena.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

7. Der Unterschied zwischen jagdpolizeilicher Verfügung und Verfügung der Staatsaufsichtsinstanz. (Weimar).

Bei der öffentlichen Verpachtung der Gemeindejagd in Neustadt a/O. bot der Fabrikbesitzer S. für zwei Jagdbezirke 200 M. und blieb damit Höchstbieter. Nach den Verpachtungsbedingungen ist jeder Bieter an sein Gebot gebunden, bis die Gemeinde sich über den Zuschlag schlüssig gemacht hat; Nachgebote nach dem Versteigerungstermin sind ausgeschlossen. Die Gemeinde eröffnete S., daß sie ihm den Zuschlag nicht erteilen könne, weil sein Gebot zu gering sei, daß sie aber von einer Wiederholung der öffentlichen Ausschreibung absehen und ihm die Jagden überlassen wolle, wenn er sein Gebot auf 410 M. erhöhen würde. S. ging auf den Vorschlag ein und erhielt den Zuschlag.

Der Kläger, der übrigens im Verpachtungstermin nicht erschienen war, hält dies Verfahren für unzulässig. Er meint, das Nachgebot hätte nicht berücksichtigt werden dürfen, die Gemeinde hätte vielmehr, wenn sie die im Termin abgegebenen Gebote nicht annehmen wollte, erneut zur öffentlichen Versteigerung schreiten müssen. Er hat gegen die angeblich ungesetzliche Verpachtung Beschwerde erhoben und den Bezirksdirektor gebeten, das Erforderliche zu veranlassen. Die Beschwerde wurde zurückgewiesen, weil das Verfahren gesetzlich sei. Gegen den zurückweisenden Bescheid richtet sich die Anfechtungsklage mit dem Antrag, den Zuschlag für ungültig zu erklären.

Die Klage ist nicht zulässig. Die Anfechtungsklage ist gegeben gegen polizeiliche Verfügungen, die mit einem weiteren Rechtsmittel nicht angefochten werden können. (§ 6 Weim. Zust.Ges. vom 10. Juli 1912). Da nach dem Gesetz vom 11. Februar 1868 im Großherzogtum eine dritte Instanz in Polizeisachen ausgeschlossen ist, ist die Anfechtungsklage gegen polizeiliche Entscheidungen des Bezirksdirektors nur gegeben, wenn die Ortspolizei in erster Instanz und der Bezirksdirektor in zweiter Instanz entschieden hat. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Die Beschlußfassung über die Verpachtung der Jagd, und

damit über die Erteilung des Zuschlags, steht dem Gemeindevorstand nach Gehör der Vertreter der Jagdberechtigten zu. Den Wünschen der Vertreter hat der Gemeindevorstand zu entsprechen, soweit nicht erhebliche polizeiliche Gründe entgegenstehen (§ 6 des Jagdnachtraggesetzes vom 17. Mai 1853). Im vorliegenden Falle hat der Gemeindevorstand den Anträgen der Vertreter entsprochen. Die Erteilung des Zuschlags ohne Geltendmachung polizeilicher Gesichtspunkte ist ein reiner Verwaltungsakt ohne polizeilichen Charakter. Er unterliegt der Beschwerde vom Standpunkt der Aufsicht des Staates über die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten.

Der Kläger unterscheidet nicht zwischen der Jagdpolizei und dieser Staatsaufsicht. Die Jagdpolizei hat die öffentliche Ordnung, wie sie in dem Jagdgesetz bestimmt ist, aufrecht zu erhalten; sie kann gegen Störungen mit polizeilichen Verfügungen vorgehen und die Ordnung wiederherstellen. Die Staatsaufsicht sieht auf gehörige Befolgung der Staatsgesetze und Ortsstatuten nach der Richtung, daß die Gemeinden ihren öffentlichrechtlichen Verpflichtungen nach allen Seiten gerecht werden. Nach § 3 des Jagdnachtraggesetzes vom 17. Mai 1853 darf die Gemeinde die Jagd nur im Wege der öffentlichen Verpachtung des Jagdbezirks ausüben. Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese Bestimmung im öffentlichen Interesse gegeben ist. Ein Einschreiten der Jagdpolizei wegen Nichtbefolgung der Vorschrift ist wohl denkbar. Es steht aber nicht dem Gemeindevorstand, sondern dem Bezirksdirektor zu. Denn es handelt sich dabei nicht um die Handhabnng der Ortspolizei. Soll sich das Einschreiten doch auch gegen den Gemeindevorstand richten. Im vorliegenden Falle ist ein Einschreiten des Bezirksdirektors als Inhaber der Jagdpolizei nicht begehrt. Das ergibt sich mit voller Deutlichkeit aus dem Antrag, den Zuschlag für ungültig zu erklären. Wäre es aber auch anders, hätte also der Kläger mit seiner Beschwerde über den Gemeindevorstand ein jagdpolizeiliches Einschreiten des Bezirksdirektors gegen den Gemeindevorstand begehrt, so würde der Bezirksdirektor, indem er die polizeiliche Verfügung ablehnte, doch immer nur als erste Instanz entschieden haben. Auch dann würde die Anfechtungsklage schon aus dem Grunde unzulässig sein, weil keine polizeiliche Verfügung der zweiten Instanz vorläge.

Bei dieser Sachlage bedarf es keines Eingehens auf die Streitfrage, ob die Anfechtungsklage überhaupt zulässig ist, wenn ein polizeiliches Einschreiten gegen Dritte abgelehnt worden ist.

Urteil vom 30. Januar 1913, A 8/12.

8. Weimarisches Einkommensteuergesetz: Bedeutung von Geschäftsbüchern als Schätzungsunterlagen. Feststellung ihrer Beweiskraft. (Art. 55 Abs. 2, 70 flg., 73 und 87 Abs. 4 der AusfV. zum EStG.).

Durch die angefochtene Entscheidung ist die Veranlagung des Klägers mit 790 M. Grundeinkommen (Mietzinsen) und 4000 M. Einkommen aus Fabrikbetrieb gegenüber seinem Antrag auf Herabsetzung der geschätzten Beträge auf 450 M. und 3200 M. aufrecht erhalten worden. Die Berufungskommission hat dabei die vom Kläger vorgelegten Bilanzen und Bücherabschlüsse nicht berücksichtigt, weil „die Entnahmen aus dem Geschäft nicht feststünden und deshalb das Geschäftseinkommen des Klägers aus den Büchern nicht mit Sicherheit zu ermitteln sei"; das Grundeinkommen hat sie nach dem 2¼-jährigen Durchschnitt der Mietzinseinnahmen des Klägers aus seinem Miethaus unter Anrechnung eines angemessenen Betrags als Mietwert seiner eigenen Geschäftsräume berechnet.

Der hiergegen eingelegten Revision wurde aus folgenden Gründen stattgegeben:

Unbegründet ist die Beschwerde des Klägers darüber, daß der Umstand, daß eine größere Wohnung in seinem Miethaus am 1. Januar 1912 nicht vermietet war, bei der Feststellung seines Grundeinkommens nicht berücksichtigt worden sei. Denn der Stand der Einkommensquelle zur Zeit der Veranlagung ist nur bei feststehenden Einkünften maßgebend (Art. 56 Abs. 2 der AusfV.), unbestimmte und schwankende Einkünfte werden dagegen nach dem Durchschnitt der vorangegangenen Wirtschaftsjahre berechnet (Art. 56 Abs. 3 flg.). Mieterträge sollen aber nach Art. 69 Abs. 3 als unbestimmte und schwankende Einkünfte behandelt werden, wenn ihre Höhe den Umständen nach (nämlich infolge zeitweiligen Leerstehens der Wohnungen oder häufigen Fallens und Steigens der Mietpreise) wechselnd ist. Solche Verhältnisse liegen bei dem Kläger nach seinen eigenen Angaben in der Berufungsinstanz vor. Die Kommission hat demnach die Durchschnittsberechnung nach der Vergangenheit mit Recht angewandt. Der von der Kommission angenommene Durchschnitt von 2¼ (und nicht 3) Jahren ist nach Art. 56 Abs. 5 der AusfV. maßgebend, da das Haus erst im Herbst 1909 bezogen worden ist.

Unbegründet ist es auch, wenn der Kläger weiter rügt, daß der Durchschnitt zum mindesten falsch berechnet sei, weil er sich nach den der Berechnung zugrunde zu legenden Einzelzahlen nicht auf 790 M. stelle, sondern nur auf 653 M. Denn er übersieht, daß die Schätzungs-

summe von 790 M. nicht nur den von der Kommission angenommenen Durchschnittsertrag der Mietzinsen darstellt, sondern sich aus diesem und dem Mietwert der vom Kläger zu seinem Gewerbebetriebe benutzten Räume zusammensetzt, der nach Art. 71 Ziffer 6 der AusfB zum EStG. als Grundeinkommen zu veranschlagen ist. Demnach bietet aber, wenn auch die Entscheidung nicht erkennen läßt, wie hoch die Berufungskommission diesen Mietwert eingeschätzt hat, der Umstand, daß die Kommission das Grundeinkommen auf 790 M. berechnet hat, selbst wenn der $2^1/_4$-jährige Durchschnitt der Mieteinnahmen tatsächlich nur 653 M. beträgt, keinen Anhalt dafür, daß die Kommission diesen Durchschnitt falsch berechnet hat. Die Schätzung des Mietwertes selbst hat das Oberverwaltungsgericht nicht nachzuprüfen, da sie tatsächlicher Natur ist.

Begründet ist jedoch die Rüge des Klägers, daß die Berufungskommission bei der Ermittelung seines Geschäftseinkommens ohne hinreichenden Grund die Ergebnisse seiner Buchführung nicht berücksichtigt habe.

Die Berufungskommission hat zwar feststellen wollen, daß die Buchführung des Klägers Mängel aufweist, die eine Ermittelung seines Geschäftseinkommens auf Grund der Bücher ausschließen. Wäre das der Fall, so wäre ihr Verfahren nicht zu beanstanden, da nur ordnungsmäßig geführte Geschäftsbücher geeignete Schätzungsunterlagen sind. Sie konnte jedoch eine solche Feststellung nach Lage der Akten gar nicht treffen. Zwar hat nach den Akten der Vorsitzende der Berufungskommission bei der Prüfung der Bücher nicht, wie der Kläger behauptet, die vorgelegten Bilanzen als richtig anerkannt — weshalb unerörtert bleiben kann, welche Bedeutung dies für das Verfahren gehabt haben würde — er hat aber auch nichts festgestellt, was die Berufungskommission zu dem Schlusse berechtigte, daß die Bücher nicht ordnungsmäßig geführt seien. Denn das von ihm über die Bücherprüfung aufgenommene Protokoll vom 15. Juli 1912 enthält über den Inhalt der Bücher nur die Mitteilung, daß der Bestand des reinen Vermögens eingestellt ist mit

28 545,34 M. für den 1. Januar 1912 und mit
16 287,32 M. „ „ 1. „ 1909
= 12 158,02 M. Unterschied,

so daß sich ein jährlicher Vermögenszuwachs von durchschnittlich 4052 M. ergibt. Dazu ist bemerkt, daß, wenn dem Vermögen die jährlichen Haushaltungskosten zugerechnet würden, unmöglich eine Ueberschätzung vorliegen könne. Sodann ist nur noch eine Erklärung des Steuer-

pflichtigen über den Buchwert seines Wohnhauses wiedergegeben. Das Protokoll enthält also überhaupt keine Feststellungen über den maßgebenden Inhalt der Bücher und die Art der Buchführung oder Mängel derselben, die geeignet wären, als Unterlage für ein Urteil über ihren Wert und ihre Beweiskraft für das Veranlagungsverfahren zu dienen. Nach Art. 87 Abs. 5 der AusfV. zum EStG. bildet aber dies Protokoll über die Büchereinsicht die allein maßgebende Unterlage für die Entscheidung der Berufungskommission über die Beweiskraft von Geschäftsbüchern, wenn die Kommission sie nicht selbst einsieht (Art. 87 Abs. 4. Für Preußen ebenso OVG. E. 5, 175, und Fuisting, Direkte Steuern (7) 1 Anm. 11. B, e zu § 48). Die Feststellung der Berufungskommission ist mithin im Akteninhalt nicht begründet; ihre Entscheidung beruht daher, wie nicht weiter ausgeführt zu werden braucht, auf einem wesentlichen Verfahrensmangel und war deshalb aufzuheben (Art. 15. Abs. 2b, und Art. 39 des Staatsvertrags). Aufzuheben war dabei auch der Teil der Entscheidung, der sich auf das Grundeinkommen bezieht. Denn in Einkommensteuersachen bildet den Gegenstand der Veranlagung sowohl wie der Anfechtung des Veranlagungs-ergebnisses das steuerpflichtige Gesamteinkommen (§§ 67 und 69 EStG.). Die formelle Entscheidung im Rechtsmittelverfahren kann daher nur dahin ergehen, daß dieses richtig oder unrichtig festgestellt ist.

In der Sache selbst war noch nicht zu erkennen, da zunächst die Prüfung der Bücher zu wiederholen ist, die der Vorinstanz überlassen werden muß (Art. 39 des Staatsvertrags). Dabei mag mit Rücksicht auf die Ausführung der Berufungskommission, daß sich das Einkommen des Klägers aus seinen Büchern nicht ermitteln lasse, weil „die Entnahmen aus dem Geschäfte nicht feststehen", darauf hingewiesen sein, daß es hinsichtlich der Verwendung von Geschäftsbüchern für Veranlagungszwecke einen Unterschied macht, ob der Steuerpflichtige Handelsbücher nach Vorschrift des Handelsgesetzbuchs führt (Art. 73 der AusfV. zum EStG.) oder nicht. Im letzteren Falle kommt es für die Entscheidung darüber, ob Geschäftsbücher ordnungsmäßig geführt und daher als Schätzungsunterlagen verwendbar sind, nur darauf an, ob ihre Einrichtung und die Art ihrer tatsächlichen Führung darauf schließen lassen, daß die Eintragungen, für die sie bestimmt sind, fortlaufend, vollständig und richtig bewirkt worden sind (PrOVGE. in St. 3, 279). Steuerliche Gesichtspunkte kommen für die Entscheidung dieser Frage nicht in Betracht. Insbesondere beeinträchtigt der Umstand, daß sie nicht alle Einnahmen und Aus-

gaben des Steuerpflichtigen — z. B. nicht den Haushaltungsaufwand — enthalten, die Verwendbarkeit an sich ordnungsmäßig geführter Bücher als Schätzungsunterlagen nicht. Denn der gewerbliche Reingewinn wird nach Art. 70 flg. der AusfB. durch Gegenüberstellung der quellenmäßigen Einnahmen und Ausgaben (vgl. Art. 72) ermittelt. Für diese Ermittelung bilden daher Geschäftsbücher in jedem Falle insoweit geeignete Schätzungsunterlagen, als die Buchführung sich auf diese Elemente der Ertragsermittelung erstreckt. Insoweit sind sie dann nach Art. 55 der AusfB. auch zu benutzen, und nur das Fehlende ist nötigenfalls im Wege der freien Schätzung (Art. 55 Abs. 2) zu ermitteln. Anders liegen jedoch die Verhältnisse, wenn der Steuerpflichtige Vollkaufmann mit einer kaufmännischen Buchführung ist (Art. 73 der AusfB.). Denn dann ist der Reingewinn unter Zugrundelegung der Bücherabschlüsse und vorschriftsmäßigen Bilanzen nach den Grundsätzen zu berechnen, welche für die Inventur und Bilanz durch das Handelsgesetzbuch vorgeschrieben sind und sonst dem Gebrauche eines ordentlichen Kaufmanns entsprechen. Es kommt daher hier darauf an, daß die Buchführung den handelsrechtlichen Vorschriften, d. h. denen der §§ 38 und 39 HGB. genügt. Dafür ist aber grundsätzlich zu fordern, daß die Bücher die sämtlichen Einnahmen und Ausgaben nachweisen, weil sonst die Bilanz kein zutreffendes Bild von den Geschäftsvorgängen und dem den geschäftlichen Ertrag darstellenden Vermögenszuwachse gibt. Damit ist freilich nicht gesagt, daß die Verwendung kaufmännisch geführter Bücher für die Berechnung des Reingewinns nach Maßgabe des Art. 73 der AusfB. ausgeschlossen sei, wenn sie nicht den an eine kaufmännische Buchführung zu stellenden Anforderungen in allen Beziehungen entsprechen. Ihre Verwendbarkeit hängt aber in diesem Falle davon ab, daß es möglich ist, die Bilanzen und Abschlüsse den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechend zu ergänzen oder zu berichtigen. Im Art. 73 Abs. 2 ist das hinsichtlich einiger steuerlichen Gesichtspunkte besonders anerkannt. Es gilt aber ganz allgemein und insbesondere auch für den Fall, daß der Steuerpflichtige Geldbeträge aus der Geschäftskasse für Privatzwecke entnimmt, ohne sie in seinen Geschäftsbüchern einzeln zu buchen. Denn werden solche Entnahmen durch besondere Aufzeichnungen nachgewiesen — wie es beim Kläger nach seinen Behauptungen in der Revisionsschrift der Fall sein soll — so läßt sich die Buchführung an der Hand derselben ohne weiteres rechnungsmäßig ergänzen. Eine solche Ergänzung ist aber auch dann nicht ausgeschlossen, wenn Anschreibungen über die Ent-

nahmen überhaupt fehlen, sofern nur zu ermitteln ist, daß die Beträge ausschließlich für einen bestimmten Zweck entnommen worden sind, z. B. zur Bestreitung des Haushaltungsaufwands. Denn dann gewährt diese Zweckbestimmung einen genügenden Anhalt für eine Schätzung der Entnahmen und damit auch die Möglichkeit einer zuverlässigen Ergänzung des Buchinhalts. Eine solche würde erst dann unmöglich sein, wenn Verwendungen zu beliebigen Zwecken aus der Geschäftskasse ohne Buchung geschehen sind, weil dann auch für eine ergänzende Schätzung zuverlässige Anhaltspunkte fehlen. Es würde dann nur noch in Frage kommen, ob und inwieweit etwa nach dem früher Erörterten die Bücher noch für die Ermittlung des Ertrags nach Art. 70 flg. als Unterlagen in Betracht kommen könnten. (Vgl. hierzu Fuisting, Direkte Steuern (7) S. 404.)

Urteil vom 5. Februar 1913, C 4/12.

9. Weimarisches Einkommensteuergesetz: Bei der Schätzung unbestimmter Bezüge aus gewinnbringender Beschäftigung nach Art. 79 der AusfV. zum EStG. ist nicht der im letzten Jahre wirklich bezogene Betrag maßgebend, sondern der unter Zugrundelegung dieses Betrags zu verrechnende **Jahresertrag**. Zufällige und außergewöhnliche Unterbrechungen des Bezugs sind **bei der Veranlagung** nicht zu berücksichtigen.

Der Kläger fühlt sich dadurch beschwert, daß er für 1912 mit 700 M. Arbeitseinkommen eingeschätzt worden ist, obwohl er im Jahre 1911 infolge eines Streiks und mangelnder Arbeitsgelegenheit nur 320 M. verdient hat. Er glaubt, dieser Verdienst sei für seine Veranlagung im Jahre 1912 ausschließlich maßgebend und verlangte mit der Revision entsprechende Herabsetzung des Schätzungskapitals. Das Oberverwaltungsgericht ist aus folgenden Gründen zur Aufhebung des Urteils gekommen:

Die in der Revisionsbegründung vom Kläger vertretene Auffassung ist falsch. Der tatsächliche Verdienst des der Veranlagung unmittelbar vorangegangenen Jahres ist zwar bei Akkordarbeitern — ein solcher ist der Kläger — unter Umständen der Veranlagung ihres Arbeitseinkommens zugrunde zu legen (Art 79 der AusfV. zum EStG.). Das bedeutet aber nicht, daß dann sein wirklicher Betrag das einzustellende Steuerkapital bildet. Denn die Veranlagung dient der Feststellung des Einkommens des kommenden Steuerjahres, sie muß

deshalb damit rechnen, daß die Einkommenquelle das ganze Jahr hindurch fließt. Zufällige und außergewöhnliche Unterbrechungen, wie sie hier vorliegen, sind deshalb bei der Veranlagung nicht zu berücksichtigen. Durch sie etwa entstehende Härten können nur durch Ermäßigung der Steuer nach § 77a oder Erlaß nach § 84 EStG. ausgeglichen werden. Es verstößt demnach an sich nicht gegen das Gesetz, wenn die Berufungskommission den Kläger, trotzdem er im Jahre 1911 tatsächlich nur einen Teilverdienst hatte, mit einem vollen Jahresarbeitsverdienst eingeschätzt hat.

Die Entscheidung der Berufungskommission ist jedoch deshalb nicht richtig, weil der Kläger nicht nach Art. 79 der AusfV., auf den sie sich stützt, zu veranlagen ist. Denn Akkordarbeiter sind nach §§ 54 und 53 Abs. 4 EStG. und Art. 78 und 56 Abs. 3 flg. der AusfV. dazu grundsätzlich mit dem durchschnittlichen Verdienste der drei unmittelbar vorangegangenen Wirtschaftsjahre und unter Zugrundelegung des letztjährigen Arbeitsverdienstes allein nach Art. 79 AusfV. nur dann zu veranlagen, wenn ziffernmäßige Unterlagen für die Berechnung des dreijährigen Durchschnitts fehlen oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen sind. Ein solcher Ausnahmefall liegt nach den Akten nicht vor. Die Berufungskommission hat den Art. 79, obwohl sein Tatbestand nicht gegeben ist, also unrichtig angewandt, ihre Entscheidung war daher nach Art. 15 Ziff. 2a des Staatsvertrags aufzuheben.

Urteil vom 27. Februar 1913, C 28/12.

10. Weimarisches Einkommensteuergesetz: Die Frage, ob eine eingetragene Genossenschaft ihren Geschäftsbetrieb auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt (§ 4 Ziff. 6 EStG.), ist eine Rechtsfrage und unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. — Eine eingetragene Genossenschaft ist, wenn ihr Geschäftsbetrieb sich auf Nichtmitglieder erstreckt, steuerpflichtig, selbst wenn diese Ausdehnung des Geschäftsbetriebes nur geringfügiger und nebensächlicher Art ist. — Die Unterlassung der Deklaration gegenüber einer besonderen Aufforderung nach § 43 Abs. 1 Ziff. 2 EStG. hat den Verlust der Rechtsmittel nach § 48 EStG. nur dann zur Folge, wenn der Aufgeforderte subjektiv steuerpflichtig ist.

Die Beklagte, eine eingetragene Genossenschaft, deren Unternehmen nach dem Statut den Betrieb von Bankgeschäften zum Zwecke der Beschaffung der im Gewerbe und Wirtschaft ihrer Mitglieder nötigen Geldmittel zum Gegenstand hat, war für das Steuerjahr 1912 mit 15870 M. Einkommen aus ihrem Gewerbebetriebe eingeschätzt worden, nachdem sie einer Aufforderung des Rechnungsamts, eine Steuererklärung abzugeben, mit der Begründung nicht nachgekommen war, daß sie nach § 4 Ziffer 6 EStG. nicht steuerpflichtig sei. Auf Berufung wurde sie auch steuerfrei gestellt, weil es die Berufungskommission als erwiesen ansah, daß sie mit ihrem Geschäftsbetriebe nicht über den Kreis ihrer Mitglieder hinausgehe (§ 4 Ziffer 6 EStG.). Der hiergegen von dem zuständigen Rechnungsamt eingelegten Revision wurde aus folgenden Gründen stattgegeben.

Die Beklagte irrt, wenn sie die Revision deshalb für unzulässig hält, weil der Ausspruch der Berufungskommission, daß zurzeit ihr Geschäftsbetrieb auf den Kreis ihrer Mitglieder beschränkt sei, ausschließlich tatsächlicher Natur sei und dem Revisionsangriff nicht unterliege. Gewiß hängt die Beantwortung der Frage, ob eine Genossenschaft ihren Geschäftsbetrieb auf ihre Mitglieder beschränkt, in erster Linie von der *tatsächlichen* Feststellung ab, ob sie überhaupt einen Geschäftsverkehr mit Nichtmitgliedern unterhält. Es ist aber in Wissenschaft und Praxis nicht streitig, daß nicht jede geschäftliche Betätigung der Genossenschaften außerhalb ihres Mitgliederkreises eine Ausdehnung des Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder enthält: es müssen Rohstoff- und Konsumvereine von Nichtmitgliedern einkaufen, um an ihre Mitglieder verkaufen zu können, Produktivgenossenschaften an Nichtmitglieder verkaufen, um die Produkte ihrer Mitglieder abzusetzen, Vorschußvereine sich Geld von Nichtmitgliedern verschaffen, um ihren Mitgliedern Kredit zu gewähren; sie bedürfen dieses Verkehrs mit Nichtmitgliedern notwendig, um ihren satzungsmäßigen Zwecken zu genügen. Es muß daher das Gesetz, das an die Ausdehnung des Geschäftsbetriebs einer Genossenschaft über ihren Mitgliederkreis hinaus besondere Rechtsfolgen knüpft, unter dieser Ausdehnung etwas verstehen, das sich mit jedem bloß tatsächlichen Verkehr mit Nichtmitgliedern nicht deckt. Die Beantwortung der Frage, ob sich der Geschäftsbetrieb einer Genossenschaft auf ihren Mitgliederkreis beschränkt, hängt daher in letzter Linie von der Auslegung *des Gesetzes* ab, sie ist also eine Rechtsfrage und deshalb revisibel.

Andererseits ist die Revision insoweit nicht begründet, als sie behauptet, die Berufungskommission habe ihrer Ermittelungspflicht nicht

genügt, sonst habe sie finden müssen, daß die Beklagte noch andere als die von ihr festgestellten, aber für unbeachtlich erklärten Geschäfte mit Nichtmitgliedern mache. (Das wird hier näher ausgeführt.)

.... Besteht hiernach auch kein Grund zu der Annahme, daß die Berufungskommission die Verhältnisse nicht sorgfältig genug geprüft habe, so ist doch der Revision beizutreten, wenn sie weiter geltend macht, daß die Berufungskommission schon auf Grund ihrer eigenen Feststellungen die Steuerpflicht der Beklagten nicht habe verneinen dürfen.

Es handelt sich dabei um den Schlußsatz der Entscheidung, wo es heißt: Soweit sonst in den Geschäften ein Hinausgehen über den Kreis der Mitglieder stattgefunden hat, ist es so geringfügiger und nebensächlicher Natur gewesen, daß darin ein die Steuerpflicht der Bank begründender Umstand nicht erblickt werden kann. Diese Ausführung kann sich nur auf die Feststellung im Protokoll über die Bücherprüfung beziehen, wonach die Beklagte mit vier Nichtmitgliedern einen Kontokorrentverkehr unterhält, und soll offenbar die Auffassung zum Ausdruck bringen, daß auch die festgestellte Ausdehnung des Geschäftsbetriebs einer Genossenschaft über ihren Mitgliederkreis hinaus ihre Steuerpflicht nicht begründet, wenn die Ausdehnung nur geringfügiger und nebensächlicher Art ist. Eine solche Auffassung entspricht, wie die Revision mit Recht betont, nicht dem Gesetz. Denn das Gesetz knüpft die Steuerpflicht ohne jede Einschränkung oder Modifikation an den Tatbestand der Ausdehnung des Geschäftsbetriebs über den Kreis der Mitglieder hinaus (§ 4 Ziffer 6 EStG.). Es erklärt außerdem die Genossenschaften beim Vorliegen dieses Tatbestandes hinsichtlich ihres gesamten Geschäftsgewinns für steuerpflichtig und nicht etwa bloß hinsichtlich eines dem Umfang des Verkehrs mit Nichtmitgliedern entsprechenden Teils (§ 4 Ziffer 4 EStG.). Das Gesetz beabsichtigt daher offenbar, die Steuerpflicht der Genossenschaften aus jedem Geschäftsgebahren herzuleiten, das den Tatbestand des Hinausgehens des Geschäftsbetriebs über den Kreis der Mitglieder enthält, gleichviel ob der in diesem Sinne erweiterte Geschäftsbetrieb mehr oder minder umfangreich, mehr oder minder gewinnbringend für die Genossenschaft ist (PrOVGE. in St. 4, 48). Die Berufungskommission durfte demnach, wenn sie selbst der Ansicht war, daß die Beklagte in einer gewissen Beziehung mit ihrem Geschäftsbetrieb über ihren Mitgliederkreis hinausgegangen ist, ihre Steuerpflicht nicht deshalb verneinen, weil diese Ausdehnung des Geschäftsbetriebs nur geringfügiger und nebensächlicher Natur sei. Ihre Entscheidung beruht mit-

hin auf unrichtiger Anwendung des § 4 Ziffer 6 EStG. und unterliegt deshalb der Aufhebung nach Art. 15 Abs. 2a St.V.

Dabei bleibt allerdings vorläufig noch offen, ob die Berufungskommission mit Recht angenommen hat, daß in dem Kontokorrentverkehr der Beklagten mit den 4 Nichtmitgliedern eine Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebs auf Nichtmitglieder liegt. Denn es ist bisher nur festgestellt, daß die Beklagte diesen 4 Personen ein Kontokorrent tatsächlich eröffnet hat. Es liegt aber auch in der Eröffnung eines Kontokorrents für Nichtmitglieder nicht notwendig eine Beteiligung der Konteninhaber an den Zwecken der Genossenschaften (s. oben), wenn sie nicht etwa mit der Gewährung von Kredit verbunden ist. Vielmehr bedarf es auch hier der besonderen Feststellung, daß die Genossenschaft diese Verbindungen nicht etwa ausschließlich im Interesse ihrer Mitglieder unterhält, daß insbesondere die mit der Einräumung des Kontokorrents verbundene Annahme fremder Gelder nicht etwa lediglich zur Beschaffung der zur Aufrechterhaltung des Kreditgeschäfts nötigen Geldmittel geschieht. Die Vermutung spricht freilich gerade beim Kontokorrentgeschäft gegen eine solche Annahme, weil diese Geschäftsform gerade dem Kontoinhaber die Möglichkeit gewährt, jederzeit über die Einlage zu verfügen, und die Einlage deshalb in der Regel dem Kontoinhaber zur Verfügung stehen muß und demnach für andere Anlagen nicht verwendbar sein wird. Immerhin ist es auch nicht ausgeschlossen, daß einmal eine dauernde Kapitalanlage in der Form des Kontokorrentvertrags beabsichtigt wird und erfolgt. Infolgedessen kann von weiteren besonderen Feststellungen nach dieser Richtung hin nicht abgesehen werden, und es bedurfte deshalb der Zurückgabe der Sache an die Vorinstanz zu neuer Prüfung und Entscheidung (Art. 39 St.V.).

Bei dieser Entscheidung ist, wenn sich ergibt, daß die Beklagte steuerpflichtig ist, zu beachten, daß sie trotz ordnungsmäßiger Aufforderung (§ 43 Abs. 1 Z. 2 EStG.) keine Steuererklärung abgegeben hat. Denn hieraus erwächst ihr zwar der im § 48 EStG. angedrohte Rechtsnachteil (Verlust der Rechtsmittel) so lange nicht, als nicht endgültig feststeht, daß sie steuerpflichtig ist, weil eine Verpflichtung zur Abgabe einer Steuererklärung nur für subjektiv Steuerpflichtige besteht und daher auch durch eine Aufforderung nach § 43 Abs. 1 Ziffer 2 nicht begründet wird, wenn der Aufgeforderte in der Tat nicht subjektiv steuerpflichtig ist. Sie kann aber das Ergebnis der Veranlagung nicht mehr anfechten, wenn ihre subjektive Steuerpflicht im Rechtsmittelverfahren festgestellt wird, weil sich aus der Feststellung der

Steuerpflicht ihre Verpflichtung zur Deklaration — falls deren sonstige Voraussetzungen vorliegen — ergibt (vgl. PrOVG. in St. 1, 261) und damit auch die Voraussetzung für die Anwendung des § 48 EStG. Die etwaige Annahme der Beklagten, daß sie zur Deklaration nicht verpflichtet gewesen sei, ist dabei ohne Bedeutung, da der Streit über das Bestehen der Deklarationspflicht nur in dem durch das EStG. vorgeschriebenen Rechtsmittelverfahren ausgetragen werden kann und daher der Steuerpflichtige, der die Erklärung in der Annahme, nicht steuerpflichtig zu sein, unterläßt, die Gefahr trägt, wenn festgestellt wird, daß er steuerpflichtig ist. Sein Irrtum kann, wenn er im gegebenen Falle an sich entschuldbar ist, höchstens einen Umstand bilden, der die Versäumung der Deklaration entschuldbar erscheinen läßt (§ 48 Abs. 1 EStG.).

Urteil vom 27. Februar 1913, C 8/12.

11. Entscheidungen des Bezirksausschusses in Gemeindeaufsichtsangelegenheiten, die auf Grund einer allgemeinen Beschwerde, nicht in einem förmlichen Rechtsmittelverfahren ergehen, sind keine zweitinstanzlichen im Sinne des § 8 Weim. AusfG. zum Staatsvertrag über die Errichtung des Oberverwaltungsgerichts.

Der Anfechtungskläger hat im Jahre 1902 in der Gemeinde Wenigenjena vor deren Eingemeindung in die Stadtgemeinde Jena ein Grundstück erworben. Er behauptet, er habe sich damals durch Rückfrage beim Gemeindevorstand versichert und es sei das auch aus einem Umlauf hervorgegangen, daß das Grundstück frei von Anliegerbeiträgen zum Kanalbau gewesen sei. Tatsächlich sind auch keine solchen Beiträge von ihm erhoben. Als dann bei der Eingemeindung von Wenigenjena in die Stadt Jena die Gruudstücke in Wenigenjena kanalsteuerpflichtig wurden und mit Rücksicht darauf die zum Kanalbau gezahlten Anliegerbeiträge zurückgezahlt wurden, erhob der Kläger beim Gemeinderat in Jena den Anspruch, daß auch ihm eine den Anliegerbeiträgen der anderen Grundstücke entsprechende Summe, 33 M., gezahlt werde. Er begründet diesen Anspruch so: Mit der Rückzahlung der Anliegerbeiträge solle doch zweifellos das bestehende Recht freier Kanalbenutzung abgelöst werden. Dieses Recht habe auch er von seinem Vorbesitzer erworben, dem er das Aequivalent für die von diesem angeblich gezahlten Beiträge im Kaufpreis gewährt habe. Es sei ein wohlerworbenes Recht im Sinne des § 9 Abs. 2 der Weim.

Gemeindeordnung, welches nicht ohne Entschädigung aufgehoben werden könnte.

Der Gemeinderat beschloß, „das Gesuch abzulehnen". Hierüber beschwerte sich der Kläger in einer Eingabe an den Bezirksdirektor, worin er „den Bezirksdirektor um Prüfung der Rechtslage bittet und an den Bezirksausschuß den Antrag stellt, den Beschluß des Gemeinderats aufzuheben und seinen Anspruch auf 33 M. als Ablösung anzuerkennen". Der Bezirksausschuß gab darauf die Entscheidung vom 28. Oktober 1912, in der „die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen wird". Gegen diese Entscheidung richtet sich die Anfechtungsklage.

In der mündlichen Verhandung ist zunächst die Frage erörtert, ob die angefochtene Entscheidung des Bezirksausschusses als zweitinstanzliche Entscheidung im Sinne des § 8 des Weim. ZustGes. vom 10. Juli 1912 anzusehen und also die Anfechtungsklage zulässig sei.

Der Kläger hat auf Befragen, wie er diese Entscheidung auffasse, bemerkt, er habe sich an die Verwaltungsbehörden mit der Bitte gewandt, ihm nach Maßgabe ihrer Kompetenz, die ihm nicht bekannt sei, zur Durchführung seines Anspruchs behilflich zu sein; die Beschreitung des Rechtswegs behalte er sich dabei vor.

Der Vertreter des Staatsminsteriums zur Wahrung des öffentlichen Interesses hat folgendes ausgeführt: Der Beschluß des Gemeinderats, durch den die Gewährung einer Entschädigung für die Aufhebung der Kanalsteuerfreiheit abgelehnt ist, sei eine erstinstanzliche Entscheidung, da er eine Verwaltungshandlung darstelle, die nach Art. 83 Ziff. 4, eventuell auch Ziff. 9 der Gemeindeordnung in die Kompetenz des Gemeinderats falle. Gegen einen derartigen Beschluß sei allerdings ein förmlicher Rechtszug an eine zweite Instanz nicht gegeben, denn es liege keiner der Fälle vor, in denen in der Gemeindeordnung ausdrücklich Berufung an den Bezirksausschuß zugelassen sei; die allgemeine Aufsichtsbeschwerde eröffne keine Instanz. Da aber der Bezirksausschuß einmal zu Unrecht angenommen habe, daß ein formell zulässiges Rechtsmittel vorliege und er zur Entscheidung darüber als zweite Instanz nach sachlicher Prüfung befugt sei, so sei die Anfechtungsklage zwar zulässig, daraufhin aber das vom Kläger gegen die Entscheidung des Gemeinderats eingewendete Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen.

Das Oberverwaltungsgericht sieht in der angefochtenen Entscheidung des Bezirksausschusses keine zweitinstanzliche Entscheidung im Sinne des § 8 Weim. ZustGes. Nach der Begründung des

Gesetzes (vgl. den Schriftenwechsel des Landtags 1912, 756) kommen für die Anfechtungsklage nur die Fälle in Betracht, in denen nach besonderer gesetzlicher Vorschrift ein förmlicher Instanzenzug eröffnet ist, in denen also der Bezirksausschuß ausdrücklich als zweite, d. h. besonders bestellte Beschwerdeinstanz zu entscheiden hatte. Diese Meinung ist im Eingang der Begründung besonders zum Ausdruck gebracht und zeigt sich auch in der dann folgenden Zusammenstellung der Fälle, in denen die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts begründet werden sollte. Es wird damit nur die notwendige Folgerung aus der in der Gemeindeordnung gegebenen Rechtslage gezogen, denn in dieser sind scharf die Fälle, in denen die Anfechtung bestimmter Verwaltungshandlungen der Gemeinde besonders vorgesehen ist, von den Fällen unterschieden, in denen nur das allgemeine Beschwerderecht in Betracht kommt; denn die Hervorhebung jener besonderen Fälle würde keinen Sinn haben, wenn schon die allgemeine Beschwerde den gleichen Instanzenzug eröffnete (vgl. auch Art. 168 Abs. 2 der Gemeindeordnung). Danach kommen für die Anfechtungsklage die Fälle nicht in Betracht, in denen kein besonderes Rechtsmittelverfahren vorgesehen, der Bezirksausschuß vielmehr lediglich auf Grund seines allgemeinen Aufsichtsrechtes auf formlose Beschwerde eines Interessenten hin eine Entscheidung getroffen hat. Die formlose Beschwerde, die jedem Untertanen frei steht, ist kein eigentliches Rechtsmittel; sie ist nicht Ausdruck eines Rechtsschutzanspruchs, sondern stellt sich rechtlich nur dar als Anregung zur Ausübung der staatlichen Oberaufsicht. Unter diesem Gesichtspunkt erscheinen Aufsichtsentscheidungen des Bezirksausschusses, die lediglich durch eine formlose Beschwerde angeregt, nicht durch die gesetzliche Gewährung eines Rechtsmittels gefordert sind, rechtlich betrachtet als erstinstanzliche. Solche Aufsichtsentscheidungen werden als zweitinstanzliche erst dann der Anfechtungsklage zugänglich, wenn sie auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung, wie z. B. in den Fällen des Art. 165 Abs. 5 der Gemeindeordnung, Gegenstand einer zweiten obrigkeitlichen Beurteilung geworden sind. Eine andere Auffassung würde zu dem sachlich unannehmbaren Resultat führen, daß z. B. für die Anfechtung der auf Grund des Art. 165 Abs. 2 getroffenen Verfügungen ein verschiedener Instanzenzug gegeben wäre, je nach dem zufälligen Umstand, ob die Verfügung aus eigener Initiative des Bezirksausschusses oder auf Anregung durch formlose Beschwerde ergangen ist.

Im vorliegenden Verfahren handelt es sich nun aber nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts lediglich um eine auf Grund form-

loser Beschwerde ergangene Entscheidung des Bezirksausschusses als staatlicher Aufsichtsinstanz. Der vom Kläger gegen die Gemeinde Jena erhobene Anspruch stellt sich dar als die Forderung einer Entschädigung für die Aufhebung eines wohlerworbenen Rechts. Das Oberverwaltungsgericht tritt nun dem Vertreter des Staatsministeriums darin ganz bei, daß gegen die Entschließung der Gemeinde, durch welche die Erfüllung dieses Anspruchs abgelehnt wurde, ein förmliches Rechtsmittel im Verwaltungswege nicht gegeben war; es weicht nur insofern von seiner Beurteilung des vorliegenden Falles ab, als es nach der Erklärung des Anfechtungsklägers und dem Inhalt der angefochtenen Entscheidung nicht annimmt, daß die Entscheidung des Bezirksausschusses als förmliche Berufungsentscheidung gefordert und erlassen und deshalb als zweitinstanzliche im Sinne des § 8 des zit. AusfGes. zu behandeln sei. Das Begehren des Beschwerdeführers, wie es in seinem Antrag an den Bezirksdirektor und Bezirksausschuß formuliert war, brauchte nicht anders gedeutet zu werden als wie die Bitte, den Gemeinderat zur Erfüllung einer ihm obliegenden Verbindlichkeit im Aufsichtswege anzuhalten, und der Bescheid des Bezirksausschusses braucht auch nicht anders gedeutet zu werden, als daß ein Einschreiten von Aufsichtswegen abgelehnt wird, weil ein Anspruch des Beschwerdeführers nicht besteht.

Eine derartige Entscheidung unterliegt aber, wie dargetan, wenn sie nicht im förmlichen Instanzenzuge erlassen ist, nicht der Anfechtung durch Anfechtungsklage. Deshalb mußte die erhobene Klage abgewiesen werden und also von einer weiteren Erörterung, ob der vom Kläger erhobene Anspruch überhaupt haltbar und er daher durch den seine Beschwerde zurückweisenden Bescheid des Bezirksausschusses in seinem Rechte verletzt ist, abgesehen werden.

Urteil vom 5. März 1913, A 4/12.

12. Wo nicht aus besonderer Bestimmung oder Herkommen etwas anderes folgt, besteht kein Recht der Gemeindeglieder, Friedhofskapellen zu anderen als religiösen Feierlichkeiten zu benutzen.

In Weimar starb der Rentner M. Die Vorbereitungen zur Beerdigung besorgte auf Wunsch der Angehörigen der Anfechtungskläger. Dieser forderte den Reichstagsabgeordneten A. auf, dabei eine Begräbnisrede zu halten, und suchte seinerseits beim Gemeindevorstand die Genehmigung dazu nach. Die Genehmigung wurde erteilt, dabei aber bemerkt: „Die Rede darf jedoch nicht in der Kapelle

gehalten werden, da diese nach § 24 der Begräbnisordnung nur für kirchliche Feiern aller Konfessionen und Religionen bestimmt ist, nicht aber für Feiern und Reden ohne kirchlichen Charakter." Lediglich dieser Teil der Verfügung des Gemeindevorstandes bildet den Gegenstand der Beschwerde des Klägers an den Bezirksdirektor und von dessen zurückweisender Entscheidung, gegen die sich die vorliegende Anfechtungsklage richtet.

Die Versagung der Benutzung einer Friedhofskapelle kann von zwei Seiten ausgehen. Es kommt in Betracht der verfügungsberechtigte Eigentümer des Friedhofs, der die Bedingungen bestimmen kann, unter denen die Einrichtungen auf dem Begräbnisplatz zur Verfügung gestellt werden; und es kommt ferner in Betracht die Polizeibehörde, insoweit sie an der Aufrechterhaltung der Ordnung auf dem Friedhof beteiligt ist. Der Gemeindevorstand in Weimar ist sowohl Gemeindeorgan in Angelegenheiten der Friedhofsverwaltung als auch Polizeibehörde. In diesem Verfahren unterliegt lediglich die Frage der Nachprüfung, ob die beanstandete Verfügung von Polizei wegen erlassen werden durfte.

Diese Frage ist zu bejahen. Allerdings aus anderen Gründen, als wie sie von den Vorinstanzen angenommen sind. Der Gemeindevorstand ist der Ansicht, daß die Benutzung der Friedhofskapelle für nichtkirchliche Feierlichkeiten nach § 24 der Begräbnisordnung für die Stadt Weimar vom 1. März 1910 ausgeschlossen sei. Dieselbe Bestimmung hat auch der Bezirksdirektor im Auge, nur daß er sie, da die Fassung von 1910 noch nicht ordnungsgemäß veröffentlicht ist, noch nach der früheren Fassung der Begräbnisordnung zitiert, in der sie als § 29 erscheint; inhaltlich sind die betreffenden Paragraphen in beiden Fassungen gleichlautend. In der Auslegung dieser Bestimmung kann das Oberverwaltungsgericht den Vorinstanzen nicht beitreten. Der § 24 besagt: „Für die kirchliche Feier bei allen Leichenbegängnissen kann die Friedhofskapelle benutzt werden." Betrachtet man diese Bestimmung im Zusammenhang mit den vorhergehenden, in denen die äußere Ordnung bei der Vornahme von Beerdigungen, vom Einsargen und Abholen der Leiche vom Hause an, bestimmt wird, so erscheint darin als dispositive Bestimmung lediglich der Satz, daß für die kirchliche Feier die Kapelle zur Verfügung steht. Das Wort „kann" ist hier nur im Sinne des Gegensatzes von „muß" gebraucht. Darauf weist auch die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung hin. Sie trat im Jahre 1909 an die Stelle der Vorschrift der Begräbnisordnung vom 15. Oktober 1881, in der es hieß: „Die kirchliche Feier findet in der

Regel in der Begräbniskapelle statt." Aus dieser Bestimmung konnte man schon dem Wortlaut nach kein Verbot der Benutzung der Kapelle für nichtkirchliche Feiern entnehmen und, daß man damit überhaupt nicht über das Recht zur Benutzung der Kapelle etwas hatte sagen wollen, ergibt sich ganz klar daraus, daß in dem der Regierung vorgelegten ersten Entwurf dieser Ordnung in § 29 neben dieser Bestimmung ein besonderer Absatz über das Recht zur Benutzung der Kapelle vorgesehen war. Die im Jahre 1909 vorgenommene Aenderung des Abs. 1 hatte gegenüber der früheren Bestimmung nur den Zweck, auszusprechen, daß die Benutzung der Kapelle für kirchliche Feierlichkeiten nicht mehr als Regel vorgeschrieben, sondern ganz fakultativ sein soll. Die Frage, ob die Kapelle auch zu anderen als kirchlichen Feierlichkeiten benutzt werden dürfe, bleibt dabei ganz offen. Hierüber enthält die jetzige Begräbnisordnung überhaupt keine Bestimmung. Auch den Ausführungen des Klägers kann nicht beigetreten werden, wonach aus den übrigen Bestimmungen der Begräbnisordnung hervorgehen soll, daß die Kapelle auch für andere als kirchliche Feierlichkeiten bestimmt sei. Aus Satz 1 des Abs. 3 des § 24 läßt sich nicht darauf schließen. Daraus ergibt sich lediglich, daß Reden Nichtgeistlicher auch in der Kapelle vorkommen können. Die Ausführung des Klägers, daß damit die Abhaltung auch nichtkirchlicher Feierlichkeiten in der Kapelle vorgesehen sei, da es kirchliche Feierlichkeiten ohne Geistliche nicht gebe, ist nicht stichhaltig. Denn abgesehen davon, daß — wenigstens nach evangelischem Kirchenrecht — auch kirchliche Feierlichkeiten ohne Geistliche zulässig sind, kommt die Zulassung von Reden Nichtgeistlicher in der Kapelle auch bei kirchlichen Begräbnissen in Betracht, bei denen ein Geistlicher beteiligt ist. Wenn dann weiter im folgenden Satz des Abs. 3 zwischen Reden bei kirchlichen und nichtkirchlichen Begräbnissen unterschieden wird, so bezieht sich das auf alle, nicht nur die in der Kapelle gehaltenen Reden; es läßt sich also auch aus diesem Satz nicht schließen, daß auch in der Kapelle nichtkirchliche Begräbnisse stattfinden können. Ebensowenig präjudizieren die Bestimmungen der Begräbnisordnung über die Wahl der Begräbnisart und die in der Kapelle stattfindenden Feierlichkeiten der Frage, welche Feierlichkeiten in der Kapelle stattfinden dürfen.

Die Norm zur Entscheidung dieser Frage ergibt sich aber aus folgender Erwägung. Wenn ein Gebäude nicht nur als Kapelle bezeichnet, sondern auch in einer Form und Ausstattung hergestellt wird, wie sie für gottesdienstliche Gebäude charakteristisch ist, so liegt darin die Zweckbestimmung, ebenso wie solche *religiösen* Feierlichkeiten

zu dienen. Es entspricht aber der im Volke durchaus herrschenden und in den christlichen Kirchen auch in Rechtsvorschriften zum Ausdruck gebrachten Auffassung, daß zum Gottesdienst bestimmte Gebäude regelmäßig nur zu religiösen Zwecken gebraucht werden. Wenn daher ein Friedhofsinhaber eine derartige Kapelle der Gemeinde zur Verfügung stellt, so liegt darin zunächst nur die Bereitstellung zu religiösen Feierlichkeiten. Es können wohl die zur Verfügung über einen Friedhof berufenen Instanzen auch ein solches Gebäude besonders dem weiteren Zweck widmen, jeder Art von Begräbnisversammlung zu dienen, und es kann auch durch Herkommen am Ort eine solche Verwendungsart gebräuchlich geworden sein. Beides ist aber in Weimar nicht der Fall. Weder ist bei der Erbauung der betreffenden Kapelle eine dahingehende ihren Zweck erweiternde Bestimmung getroffen, noch ist es bisher in Weimar üblich gewesen, die Friedhofskapelle zu nichtreligiösen Feierlichkeiten zu verwenden. Bei Erlaß der Begräbnisordnung ging man vielmehr als selbstverständlich von der Auffassung aus, daß die damalige Friedhofskapelle nur für religiöse Feierlichkeiten bestimmt sei. In dem Entwurf der Friedhofsordnung war, wie schon erwähnt, eine ausdrückliche Bestimmung über das Recht zur Benutzung der Kapelle vorgesehen. Dieselbe lautete geradezu: „Für nichtkirchliche Beerdigungen ist die Benutzung der Kapelle unzulässig." Die Regierung faßte diese Bestimmung sogar dahin auf, daß auch den Israeliten die Benutzung der Kapelle nicht gestattet sein sollte, und wünschte eine dies klarstellende Fassung. Daraufhin berichtete der Gemeinderat, wie man bei Erbauung der Kapelle „davon ausgegangen sei, daß die Benutzung dieser Halle nicht auf die Mitglieder gewisser Konfessionen beschränkt werde, sondern daß dieselbe bei allen Leichenbegängnissen, mit denen eine religiöse Feier verbunden sei und bei denen nicht ohne jede Feier und Zeremonie der Sarg ohne weiteres wie z. B. bei Dissidenten zu Grabe getragen werde, benutzt werden könne." Es geht daraus hervor, daß man die Kapelle, wenn auch nicht nur für christliche, so doch immer nur für religiöse Feierlichkeiten bestimmt ansah. Wenn danach der Gemeinderat diesen Absatz überhaupt strich, so ist daraus jedenfalls nicht zu entnehmen, daß er eine andere Rechtslage dahin schaffen wollte, daß die Kapelle grundsätzlich auch für nichtreligiöse Feiern bereitzustellen sei.

Danach läßt sich ein Recht der Gemeindeglieder, die Kapelle für nichtreligiöse Feierlichkeiten zu benutzen, nicht begründen. Es bleibt allerdings, da das bestimmte in dem Entwurf der Begräbnisordnung vorgeschlagene Verbot der Benutzung für solche Feierlichkeiten schließlich

nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, die Freiheit der zur Friedhofsverwaltung zuständigen Organe, die Benutzung der Kapelle im einzelnen Fall auch zu anderen Zwecken zu gestatten, wie ja auch gottesdienstliche Gebäude überhaupt ausnahmsweise für andere als gottesdienstliche Zwecke zur Verfügung gestellt werden können. Es wäre das aber immer eine Ausnahmebestimmung, bei der auch die Mitwirkung der kirchlichen Organe in Betracht kommen würde. Von Polizei wegen kann eine solche besondere Genehmigung nicht erteilt werden. In diesem Sinne wäre die Bemerkung in dem Bescheid des Bezirksdirektors, daß eine Verpflichtung des Gemeindevorstands, die Genehmigung zur Benutzung der Kapelle für nicht-religiöse Feierlichkeiten zu erteilen, nicht gegeben sei, zutreffend.

Jedenfalls ist nach der bestehenden Ordnung, solange eine solche besondere Genehmigung der zur Verwaltung des Friedhofs berufenen Organe im Einzelfall nicht gegeben ist, die Abhaltung einer nicht-religiösen Feierlichkeit in der Kapelle nicht zulässig. Diese Ordnung mußte auch die Polizeibehörde bei ihrer Verfügung, in der sie die polizeiliche Genehmigung zum Halten der Rede erteilte, beachten und es war daher nicht gesetzwidrig, wenn sie ihrer Genehmigung den Vorbehalt hinzufügte, daß die Rede, für welche die Genehmigung nachgesucht war, nicht in der Kapelle gehalten werden dürfte. Es lag darin sachlich lediglich ein Hinweis auf die bestehende Rechtslage, der keine andere rechtliche Bedeutung hatte, als der in der Verfügung dann noch folgende Hinweis auf die Verordnung vom 8. Dez. 1897, in der auf weitere bei dem Halten der Rede zu beachtende Bedingungen aufmerksam gemacht ist. Es bedarf danach keiner weiteren Prüfung, ob, auch wenn man in dem beanstandeten Verfügungsteil ein selbständiges polizeiliches Verbot sehen wollte, die Rede in der Kapelle zu halten, ein solches Verbot nicht gerechtfertigt gewesen wäre. Es käme dabei in Betracht, daß es eine selbständige Aufgabe der Polizei ist, die äußere kirchliche Ordnung, zu der die in das kirchliche Gebiet einschlagenden und nach der Verordnung vom 8. Dezember 1897 mit unter kirchliche Aufsicht gestellte Ordnung auf den Friedhöfen gehört, zu wahren, und daß der Anlaß einzugreifen durch die durch die Umstände nahegelegte Befürchtung gegeben war, daß diese Ordnung nicht beachtet werden würde.

Danach wird, wenn die Entscheidung des Bezirksdirektors auch in der rechtlichen Begründung nicht zutreffend ist, der Kläger durch sie doch nicht in seinen Rechten verletzt.

Urteil vom 5. März 1913. A. 11/12.

Entscheidungen des Coburg-Gothaischen Verwaltungsgerichtshofes.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

3. Haben die Konsumvereine „offene" Läden?

Nach dem Tambacher Ortsstatut vom 29. August 1902 sind Konsumvereine mit offenen Läden zur Gemeindeeinkommensteuer heranzuziehen. Der Konsumverein in Tambach ist für das Steuerjahr 1911 mit einem Betrage von 1425 M. herangezogen worden. Das Landratsamt Ohrdruf hat die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Klage des Konsumvereins beim Verwaltungsgerichtshof mit dem Antrag, die Steuerfreiheit anzuerkennen, weil er keinen offenen Laden habe, in seinen Läden vielmehr nur an Mitglieder verkaufe. Eine Feststellung, daß an Nichtmitglieder verkauft werde, ist nicht getroffen worden. Die Verwaltungsbehörden stehen vielmehr auf dem Standpunkt, daß jede Verkaufsstelle, deren Betreten durch Nichtmitglieder kein physisches Hindernis entgegenstehe, ein offener Laden sei.

Das Tambacher Ortsstatut beruht auf dem Gothaischen Gesetz vom 19. Juni 1893, das die Gemeinden berechtigt „von Konsumvereinen mit offenem Laden (Verkaufsstelle) Gemeindesteuern nach Maßgabe des Gesetzes vom 22. Juni 1889 zu erheben". Es fragt sich, was das Gesetz unter einem offenen Laden versteht. Man ist darüber verschiedener Ansicht. Das preußische Oberverwaltungsgericht versteht darunter einen Laden, dessen Zutritt nicht durch ein physisches Hindernis geschlossen ist, so daß auch Nichtmitglieder ihn betreten können (E. in StS. 1, 300). Dagegen steht das Badische Finanzministerium in einer Entscheidung vom 3. Januar 1891 auf dem Standpunkt: offen sei nur der Laden eines Konsumvereins, der nicht nur den Mitgliedern des Vereins, sondern dem Publikum zum Zwecke von Wareneinkäufen offen stehe. Daraus folgert der Kläger, daß ein Laden dann nicht offen sei, wenn der Zutritt den Nichtmitgliedern verboten sei.

Für die Entscheidung der Streitfragen ist die Entwicklung der Steuergesetzgebung von Bedeutung. Diese ging im Herzogtum Gotha anfangs grundsätzlich davon aus, daß eingetragene Genossenschaften als solche kein Einkommen haben können und haben und deshalb einkommensteuerfrei seien. In Uebereinstimmung mit dieser Auffassung ließ sie eine Besteuerung der eingetragenen Genossenschaften durch die

Gemeinden nur bei denjenigen Genossenschaften zu, deren Geschäftsbetrieb über den Kreis der Mitglieder hinausgehe (Goth. Gesetz vom 22. Juni 1889 GS. S. 33).

Nach dem Genossenschaftsgesetz vom 1. Mai 1889 § 5 war den Genossenschaften die statutarische Bestimmung erlaubt, daß auch Nichtmitglieder in den Geschäftsverkehr hineingezogen würden, aber Konsumvereinen war das verboten; sie durften nur an Personen verkaufen, die als Mitglieder bekannt waren oder sich als solche legitimierten. Eine Besonderheit des Gesetzes war es, daß es keine Strafe für den Fall androhte, daß der Vorstand gegen dieses Verbot verstieß. Als die Konsumvereine, namentlich in den Städten sich mehr und mehr entwickelten und große Umsätze erzielten, drängte der gewerbliche Mittelstand zu einer Abänderung der Gesetzgebung nach zwei Richtungen: die Konsumvereine sollten besteuert werden und das erwähnte Verbot sollte durch eine Strafandrohung vervollständigt werden. Die Landesgesetzgebung war nur zur Regelung der Steuerfrage zuständig. Die Gothaische Saatsregierung legte dem Landtag im Jahre 1893 einen Gesetzentwurf vor, der die Gemeinden ermächtigte, die Konsumvereine mit Läden zur Gemeindeeinkommensteuer heranzuziehen. Der steuerpolitische Grund für dieses Vorgehen war der: haben die Konsumvereine einmal einen Laden, den jedermann betreten kann, dann versagt erfahrungsgemäß die vorgeschriebene Kontrolle und es kommt zu Verkäufen an Nichtmitglieder. Damit war der Grundsatz des Gemeindesteuergesetzes vom 22. Juni 1889 festgehalten und nur erweitert. Da Konsumvereine mit Läden die Gefahr in sich tragen, an Dritte zu verkaufen, sollen sie in steuerlicher Beziehung wie Genossenschaften behandelt werden, die ihren Geschäftsverkehr auf Dritte ausdehnen.

Der Gothaische Landtag brachte mit Zustimmung der Regierung die Aenderung in das Gesetz hinein, daß nur Konsumvereine mit offenen Läden freigegeben werden sollten. Man übernahm damit eine Bestimmung des preußischen Gewerbesteuergesetzes vom 24. Juni 1891 und führte zur Begründung aus: die nähere Bezeichnung: „offener Laden“ verdiene den Vorzug, weil nur hierunter ein Laden verstanden werden könne, zu dem jedermann Zutritt habe und in dem an jedermann verkauft werde. Die Oeffentlichkeit des Ladens werde nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß am Laden eine Ankündigung angebracht sei, wonach nur Mitglieder Zutritt hätten. Außerdem wolle man sich durch engen Anschluß an die preußische Gesetzgebung die Rechtsprechung zu dem preußischen Gesetz zunutze machen. Abgesehen von diesem letzten Grunde ist danach das Entscheidende für

die steuerpolitische Auffassung des Landtages, daß jedermann zugängliche Läden von Konsumvereinen keine Garantie dafür bieten, daß nur an Mitglieder verkauft wird. Die Frage ist berechtigt, warum der Landtag bei dieser Auffassung die Vorlage der Regierung abänderte. Wenn offen ein Laden ist, der für jedermann zugänglich ist, gibt es dann noch Läden, die nicht offen sind. Gewiß! Es lassen sich Einrichtungen treffen, die es möglich machen, daß nicht jedermann, sondern nur ein bestimmter Ausschnitt des Publikums, in diesem Falle nur Mitglieder, den Laden betreten. Der Unterschied zwischen der Regierungsvorlage und dem Landtagsbeschluß (Gesetzestext) betrifft danach freilich einen recht entlegenen, wohl selten vorkommenden Fall, er reicht aber einmal nicht weiter. Von praktischer Bedeutung ist er insofern, als er die Uebernahme der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts in dieser Frage erleichtert.

Die Garantie dafür, daß in den jedermann zugänglichen Läden der Konsumvereine nur an Mitglieder verkauft wird, ist erhöht worden durch das Reichsgesetz vom 12. August 1896, das Zuwiderhandlungen gegen § 8 Abs. 4 des Genossenschaftsgesetzes (Verbot des Verkaufs an Nichtmitglieder von Konsumvereinen) unter Strafe stellte. Damit ist ein wesentlicher Teil der Gründe weggefallen, die zu der Vorlage des Goth. Gesetzes vom 19. Juni 1893 geführt haben. Aber das Gesetz ist bestehen geblieben und es macht nach wie vor die Steuerpflicht davon abhängig, ob der Laden des Konsumvereins offen, d. h. für jedermann zugänglich ist. Daß diese Voraussetzung für den Konsumverein in Tambach zutrifft, haben die Verwaltungsbehörden in tatsächlicher Beziehung festgestellt.

Urteil vom 3. Dezember 1912, B 24/12.

Sprachecke.

Die Bedeutung der Form ist, je nachdem es sich um gesetzliche oder vereinbarte Schriftform handelt, verschieden.	Die Bedeutung der Form ist verschieden, je nachdem . . . . .
Ungewiß bleibt, ob auch die Punkte, die nach dem Willen der Parteien zum Tatbestand gehören, ihr unterfallen.	Ungewiß bleibt, ob ihr auch die Punkte unterfallen, die . . . zum Tatbestand gehören.
Er verlangt die 500 M., die der Erblasser dem Beklagten als Darlehn gegeben hat, zurück.	Er verlangt die 500 M. zurück, die . . . . gegeben hat.

Der Mieter muß sich fügen, wenn auch die Formvorschrift sonst nicht in Betracht kommen würde.	... wenn ... käme.
Wenn diese Behauptung des Beklagten richtig sein würde, würde die Klage abzuweisen sein, denn dann würde die Ausklagung des Wechsels gegen Treu und Glauben verstoßen, die exceptio doli würde begründet sein.	.. richtig wäre, müßte die Klage abgewiesen werden, denn dann verstieße ... die exceptio doli wäre begründet.
Es hat bei Lebzeiten der Mutter des Klägers dieser von derselben zum Zwecke der wirtschaftlichen Unterstützung mehr als 400 M. gezahlt erhalten.	Der Kläger hat von seiner Mutter ...
K. H. an das Amtsgericht in Th. zurück. Auch wir sind bei Lage der Sache kaum imstande, eine bessere Aufsicht zu führen als wohldortseitige Behörde.	Hier kann die Aufsicht kaum besser geführt werden als dort.

Berichtigung

zu den S. 75 gebrachten Veränderungen im Personalbestande der Rechtsanwälte:

Rechtsanwalt Partzsch ist irrtümlich als gelöscht bezeichnet. Er ist noch beim Landgericht in Weimar zugelassen.

Bücherbesprechungen.

6. Kuhnt, Gottfried, Dr. jur. Gerichtsassessor in Cöln, Die Vollstreckung in die Rechte des Abzahlungskäufers und des Möbelleihers. Berlin (Vahlen) 1913. 2,20 M.

Spezialfragen, die in der Praxis aufgetaucht sind, haben den Verf. veranlaßt, die Vollstreckung gegen den Abzahlungskäufer und Möbelleiher in einer grundlegenden Broschüre dogmatisch zu untersuchen. Ausgegangen wird von der zivilrechtlichen Stellung des Abzahlungskäufers: entweder ist ihm das Eigentum an den Sachen unter der aufschiebenden Bedingung völliger Zahlung des Kaufpreises übertragen oder er hat nur einen bedingten Anspruch auf Uebereignung. Die Hauptfrage ist dann, ob und wie der Gläubiger diese Anwartschaft auf den Eigentumserwerb oder die Anwartschaft auf den Anspruch auf Uebereignung pfänden kann, und welche Recht sich aus der Pfändung für und gegen ihn ergeben. Gemeinsam ist beiden Fällen, daß eine Pfändung der Sachen bis zum Erwerbe des Eigentums durch den Käufer kein Pfandrecht begründet. Wird das Eigentum erworben, so konvaleszíert das bis dahin unwirksame Pfandrecht, vorausgesetzt, daß die Pfändung noch äußerlich erkennbar ist. Im übrigen sind beide Fälle grundverschieden behandelt. Bei bedingter Uebereignung der Möbel hat der Gläubiger nur die Möglichkeit, die Sachen zu pfänden und dem Abzahlungsverkäufer den Restkaufpreis anzubieten, um den Eigentumsübergang auf den Schuldner herbeizuführen. Der Verkäufer kann die Zahlung des Gläubigers ablehnen; Hinterlegungsbefugnis hat der Gläubiger

nicht. Die Anwartschrift des Käufers ist nicht pfändbar. Anders, wenn ein bedingter Anspruch auf Uebereignung besteht. Dieser Anspruch ist pfändbar; er ist selbständig verwertbar. Der Schuldner kann der Zahlung des Restkaufpreises nicht widersprechen. Der Verkäufer kann dessen Zahlung nicht ablehnen, der Gläubiger kann hinterlegen. Mit der Befriedigung des Verkäufers entwickelt sich das Pfandrecht an der Anwartschaft zum Pfandrecht am Anspruch. Der Pfandgläubiger kann diesen versteigern oder sich übertragen lassen. Ein Sachpfandrecht erlangt er nur dadurch, daß er die Sachen pfändet. Es sind verschlungene Wege, die uns der Verfasser über die verschiedensten Bestimmungen der Prozeßordnung und des BGB. hinweg führt, um zu Ergebnissen zu führen, die — wie er selbst anerkennt — für den Gläubiger zum Teil wenig erfreulich sind. Vorschläge zur Verbesserung des Gesetzes weisen darauf hin, wie der Gläubiger gefahrloser sein Ziel erreichen kann. An diese hauptsächliche Abhandlung reiht der Verfasser Untersuchungen über Spezialfragen: die Konkurrenz von Pfandgläubigern und die Durchführung der Ersatzansprüche des Gläubigers, der den Abzahlungsverkäufer befriedigt hat. Den Schluß der Arbeit bildet die Betrachtung, ob die Vorschriften des § 811 ZPO. auch für den Abzahlungskäufer gelten. Die Vollstreckung des Abzahlungsverkäufers gegen den Käufer ist ebenso wie die Anwendung des Anfechtungsgesetzes aus der Abhandlung ausgeschieden. Dem Verfasser ist es gelungen, Licht in die dunkle Materie zu bringen. Wo er sich mit der herrschenden Auffassung auseinandersetzt, weiß er seine Ansicht wohl zubegründen. Dabei ist er kein weltfremder Gelehrter. Er hat immer die praktische Gestaltung des Falles im Auge und bemißt die Güte seiner Untersuchungen nach der Durchführbarkeit ihrer Ergebnisse.

7. **Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz und den das Strafverfahren betreffenden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze.** 13. Aufl., bearbeitet von Werner Rosenberg, Landgerichtsdirektor in Straßburg. Berlin (Guttentag) 1913. 25 M.

Es ist nicht nötig, dem Löweschen Kommentar empfehlende Worte auf den Weg zu geben. Er beherrscht seit langer Zeit die Praxis. Bis zur 6. Auflage hatte ihn Löwe selbst bearbeitet. Hellweg setzte ihn bis zur 12. Aufl. fort, die im Jahre 1906 erschien. Da dem Reichstag der Entwurf zu einer neuen Strafprozeßordnung vorgelegt war, mußte man annehmen, daß der alte Löwe ausgedient habe. Durch die Vertagung der Strafprozeßreform ist es anders gekommen. Eine neue Auflage wurde nötig und diese hat nach dem Tode Hellwegs der Landgerichtsdirektor Rosenfeld übernommen, der schon manche Arbeiten zum Strafprozeßrecht geliefert hat. Es hat sich nicht darauf beschränkt, die neuere Literatur und Rechtsprechung anzuführen. An zahlreichen Stellen hat er den Kommentar umgearbeitet und seine eigene, von den bisherigen Auflagen abweichende Meinnng vorgetragen. Aber die Anlage des Buches ist dieselbe geblieben. Dieses wird daher auch in der neuen Gestalt dem juristischen Praktiker seine vortrefflichen Dienste leisten.

Sammer.

8. **Wilhelm, Dr. AGRat a. D., Operationsrecht des Arztes und Einwilligung des Patienten in der Rechtspflege. Beiträge zur forensischen Medizin,** herausgegeben von Dr. med. et phil. Hans Lungwitz, Berlin, Bd. 1 H. 3. Berlin (Adler-Verlag) 1912. 40 S. 1 M.

Die in jeder Beziehung ausgezeichnete, jedem Juristen zu empfehlende Schrift bespricht eine ganze Reihe meist in medizinischen Zeitschriften mitgeteilte Fälle ärztlicher Operationen und die hinsichtlich derselben ergangenen Entscheidungen erster und letzter Instanz und schließt mit Erwägung demnächstiger Gesetzgebung.

9. **Koban, Dr., Anton, o. ö. Universitätsprofessor in Innsbruck, Die Haftung der Schlafwagenunternehmungen nach österreichischem und deutschem Rechte.** Wien (M. Perles) 1912. 32 S. 1 M.

Die Schrift legt dar, Schlafwagen seien nicht Herbergen des § 701 BGB. und, wer eine Schlafwagenkarte erwerbe, schließe mit der Schlafwagengesellschaft lediglich einen Vertrag auf Verschaffung von Bequemlichkeiten für den von der Eisenbahnverwaltung zu leistenden Transport, auf Grund dessen die Schlafwagengesellschaft aber einem Verwahrer gleich diejenigen Gegenstände zu wahren habe, welche ein Reisender nach Brauch jetzigen Lebens in seiner Schlafstätte bei sich zu haben pflege. Schrifttum ist in Menge angeführt.

10. von Schwerin, Dr. Frhr. Claudius, Privatdozent an der Univ. München und Dozent an der Handelshochschule München, Schuld und Haftung im geltenden Recht. München und Berlin (J. Schweitzer) 1911. 43 S.

Die neueren Germanisten lehren, daß rechtliches Schulden und Haften zwei verschiedene von einander unabhängige Dinge seien, daß jenes an sich ohne rechtlichen Schutz sei und nicht etwa mit Schutz verschiedener Stärke, Klage auf Erfüllung oder nur Schutz geschehener Erfüllung, sowie mit Haftung der Person, des gesamten Vermögens einzelner Vermögensmassen oder einzelner Rechtsgegenstände. Wer der neuen Lehre anhängt, wird Gefallen an dem Buche finden, wer nicht, nicht. v. S. stellt die neue Lehre übersichtlich dar und sucht sodann darzutun, daß sie auch als Unbewußtes im BGB. verborgen sei. Von allem möge hier jedoch nur folgendes hervorgehoben werden:

1) S. 31 § 11 ff. Zwangsvollstreckung gibt nicht Erfüllung, sondern vielmehr nur Ersatz des durch Nichterfüllung erfolgten Schadens.

2) S. 25: Im Zurückbehaltungsrecht muß die Sache Genugtuung dafür leisten, daß die Schuld nicht bezahlt ist.

3) S. 127 ff: Das Recht auf sofortige Befriedigung aus einem Grundstück ist kein dingliches Recht.

11. Bernhard, Ludwig, ord. Professor der Staatswissenschaften an der Universität Berlin, Unerwünschte Folgen der deutschen Sozialpolitik. Berlin (J. Springer) 1912. 116 S.

Der durch seine Streitigkeit mit seinen jetzigen nächsten Amtsgenossen vor einigen Jahren auch staatswissenschaftlich nicht interessierten Kreisen bekannt gewordene junge Gelehrte hat hier ein Werk geliefert, dessen Bedeutung sicher auch von denjenigen anerkannt werden wird, welche ihm nicht zustimmen.

In dem „die Grenzen der Sozialpolitik" überschriebene „Schluß" sagt B. (S. 111): „Niemand wird heute mehr zu behaupten wagen, daß die Sozialpolitik nur eine Zeitidee sei, die mit suggestiver Kraft die Geister ergreift, um ein Menschenalter später ihren Zauber zu verlieren; denn jedermann weiß, daß es eine Hauptaufgabe des vergangenen halben Jahrhunderts war, die Arbeitermassen unserem Staatswesen einzugliedern, und daß es heute gilt, den hierfür geschaffenen Einrichtungen Halt und Dauer zu verleihen. Nicht also um eine vorbeirauschende Zeitidee handelt es sich, sondern um einen elementaren politischen Vorgang." — In diesem Sinne sind die „unerwünschten Folgen" besprochen. Und zwar werden in drei je durch eine „Vorbemerkung" eingeleiteten Teilen besprochen 1) staatliches Reglementieren und private Unselbständigkeit, 2) der Kampf um die Rente, 3) der parteipolitische Mißbrauch sozialpolitischer Einrichtungen. Die vier Kapitel des ersten Teiles tragen die Ueberschriften: Staatliche Genehmigung, staatliche Kontrolle, staatliche Regelung, Verstaatlichung von privaten Betrieben; die fünf Kapitel des zweiten Teiles: die medizinische Literatur, unerwünschte Folgen der Rentenversicherung, Simulation, Rentensucht und ihre Verbreitung, Schwierigkeit der Reformen; die zwei Kapitel des dritten Teiles: Wahlkampf, Parteiherrschaft.

12. Bachrach, Dr. Adolf, Geh. JRat, RegRat, Hof- und Gerichts-Advokat, Recht und Phantasie. Leipzig u. Wien (H. Heller u. Co.) 1912. 60 S. 1,20 M.

Dieses Stück des „aus der eigenen Werkstatt" benannten Vortragszyklus im Wiener Volksbildungsverein schildert in geistreicher Weise, wo und wie Recht und

Phantasie in Gemeinschaft wirken. Dabei werden insbesondere berührt Rechtssagen, Rechtsgefühl, Luftschiffahrt, mittelalterlicher Formalismus und Kautschuk-Paragraphen, Laienrichter, Schiedsgerichte, Feierlichkeit des Gerichtsverfahrens, Erinnerungsfehler, Kinderaussage und Anwaltsberuf.

13. Gareis, Dr. Karl, Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts. Rede, beim Antritt des Rektorats der Ludwig-Maximilians-Universität gehalten am 30. November 1912. München (Wolf u. Sohn) 1912. 34 S. 0,75 M.

Mit schönen, einfachen Worten schildert der berühmte Vertreter des deutschen Privatrechts freudig den Aufschwung seiner Sonderwissenschaft und deren Verdienste um die Bildung des Rechtes für die neuen Erscheinungen des Verkehrs und der Technik und um richtige Gestaltung des BGB. Dabei würdigt er u. a. dieses Gesetzeswerk sehr günstig, die Freirechtschule recht ungünstig.

14. Siméon, Dr. P. (Kammergerichtsrat), Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Lehrbuch zur Einführung in das BGB. und seine Nebengesetze; erster Band: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin (C. Heymann) 1911. 1218 S. 20 M., geb. 22 M.

In den wesentlich unveränderten Text der vierten Auflage sind die inzwischen eingetretenen Gesetzesänderungen, sowie die wesentlichsten Ergebnisse des neuen Schrifttums eingeschoben. Eines Lobes wird das Buch des jetzigen Syndikus beim Zweckverband Berlin nicht mehr bedürfen.

15. Olshausen, Dr. Justus, Kritische Bemerkungen zu den Beschlüssen der deutschen Strafrechtskommission (Allg. Teil des VE.). Berlin (F. Vahlen) 1913. 51 S.

Der frühere Oberreichsanwalt nimmt hier auch Stellung gegenüber den betreffenden Beschlüssen der beiden letzten Juristentage.

16. Rieger, Prof. Dr. Conrad (Vorstand der Klinik), Ueber ärztliche Gutachten im Strafrecht und Versicherungsrecht aus der psychiatrischen Klinik der Universität Würzburg. Mit 4 Abbildungen im Text. Würzburg (C. Kabitzsch) 1912. 218 S. 6,50 M.

Die Schrift enthält 11 auch für Laien verständliche und lehrreiche Obergutachten und Gutachten neben einer Reihe kleiner Aufsätze und Skizzen von fast immer interessantem Inhalt.

17. Kißling, Dr. jur. Georg, Das Recht des gutgläubigen und des diesem gleich zu behandelnden Ehegatten bei Nichtigkeit der Ehe, nach §§ 1345—1347, 1351 BGB. Leipzig (Veit u. Co.) 1911. 92 S. 4 M.

Ein ganz ausgezeichnetes Buch.

18. Sievers, Dr. Heinrich (Reichsgerichtsrat), Das industrielle Kartellwesen. Vortrag, gehalten auf Veranlassung der Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung am 31. Mai 1912 in der kgl. preuß. Akademie zu Posen. Berlin (F. Vahlen) 1912. 28 S. 0,80 M.

Die Schrift stellt das Wesen der industriellen Kartelle dar, unter denen sie Konditions-(Kaufbedingungs-)Kartelle, Preiskonventionen, Verkaufskartelle und Produktionskartelle unterscheidet, bespricht Nutzen und Gefahr derselben für das allgemeine Wohl sowie einzelne Entgleisungen einzelner Kartelle und erörtert kurz die Entscheidungen des Reichsgerichts über Fragen des Kartellwesens.

19. Hoeniger, Dr. Heinrich (Privatdozent an der Universität Freiburg i. Br.), Die Sicherungsübereignung von Waren-

lagern. Zweite völlig umgearbeitete und erheblich erweiterte Auflage. Mannheim und Leipzig (J. Bensheimer) 1912. 139 S.

Die nur 53 Seiten enthaltende erste Auflage von erst 1911 ist in den ThürBl. von 1912 S. 77 vom Unterzeichneten angezeigt und gebührend gelobt. Die neue Auflage weicht von der neuen nur in einem Punkte ab: Während die Seiten 40 bis 45 der alten Auflage es im Zweifel lassen, ob Sicherungsübereignungen nach ihrer Natur und dem kaufmännischen Brauch der Buchung zu buchen und in der Bilanz einzustellen seien, verneinen die Seiten 118—123 solche Möglichkeit. Die erheblichen Erweiterungen der neuen Auflage enthalten wesentliche Auseinandersetzungen mit den mannigfachen Schriften, welche durch die erste Auflage hervorgerufen sind; insbesondere widersprechen sie Zeilers Theorie, daß Sicherungsübereignung eines Warenlagers Bestellung eines sog. Dispositionsnießbrauches sei, sowie dem aus den ThürBl. von 1912 S. 306 Nr. 5 ersichtlichen Salingerschen Verlangen eines Registerpfandrechts.

Uebrigens wird auf ThürBl. von 1912 S. 77 verwiesen und das dortige Wort wiederholt.

20. Bonnet, Dr. jur. Willy, Die Sicherungsübereignung insbesondere von Warenlagern. Stuttgart (W. Kohlhammer) 1912. 53 S. 1,20 M.

Die klar und gut geschriebene Abhandlung, welche mit der zweiten Auflage der Schrift Hoenigers gleichzeitig erschienen zu sein scheint, erachtet die Sicherungsübereignung von Warenlagern allerdings für wirtschaftlich recht gefährlich, aber rechtlich als durch die Grundsätze vom Herausgabeanspruch gerechtfertigt. Das ist wohl ein Irrtum; der auf Vertrag gegründete Herausgabeanspruch geht wohl gegen den, der ihn bewilligte, nicht aber gegen seine Gläubiger.

21. Kormann, Dr. Karl, Kolonialwirtschaftliche Probleme. Burschenschaftliche Bücherei. Herausgeber Hugo Böttger, Bd. 4 Heft 5. Berlin (C. Heymann) 1912. 98 S. 0,60 M.

Das klar und gut geschriebene kleine Buch bespricht die Bedeutung der deutschen Kolonien für sog. wirtschaftliche Autarkie (Selbstgenügen) des Deutschen Reichs und dazu insbesondere die Fragen der Rohstoffe, des Kupfers, des Kautschuks, der Eingeborenen, der Konzessionen, der Eisenbahnen und des Kredits der Kolonien.

22. Kohler, Prof. Josef, Luftfahrtrecht. Berlin (J. Springer) 1912. 45 S. Quart.

Dieses Heft 1 einer von J. Sticker herausgegebenen Sammlung „Luftschiffahrt und Wissenschaft" enthält sicher nicht nur die vollständigste, sondern auch die vollkommenste der bisher der Luftschiffahrt zuteil gewordenen Anwendungen des bürgerlichen und öffentlichen deutschen Rechts der Gegenwart. Selbstverständlich läßt K. es auch nicht fehlen an Ausblicken auf zukünftiges Recht und auf fremdes Recht, wie denn auch der die Seiten 32—35 bildende Anhang außer deutschen auch fremdländische Verfügungen und Beschlüsse wiedergibt. Dem Unterzeichneten will jedoch dreierlei nicht scheinen: 1) Nach S. 4 soll das die Zwangsversteigerung eines segelfertigen Schiffes betreffende Verbote des § 482 HGB. ohne weiteres auf Luftschiffe angewandt werden können (s. dagegen Gesetz vom 15. Juni 1895 betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt §§ 102—116). 2) Nach derselben S. 4 soll die einem Luftschiffer bestellte persönliche Dienstbarkeit als dem Unternehmer bestellt gelten. 3) Nach S. 11 soll ein unentgeltlicher Luftschiffahrtsvertrag frei widerruflich sein.

23. Baumgärtel, Gustav (Architekt), Evolution, nicht Revolution, § 94 BGB. Dresden (H. Dammüller) 1912. 74 S. 1,20 M.

B. glaubt, die Baugläubigerfrage durch eine neue Auslegung des § 94 BGB. lösen zu können; im Sinne des § 94 sei Grundstück nur das bebaute Grundstück, nicht auch die kahle Baustelle u. dgl. m.!!!

24. Koch, Dr. jur. Josef, Zur Entstehung der hannoverschen Familienfideikommisse. Hannover (Helwing) 1912. 66 S.

Ein für deutsche Rechtsgeschichtler lehrreiches Buch; denn es gibt auf S. 16—58 die Stiftungsurkunden von 21 hannoverschen adligen Familienfideikommissen aus der Zeit von 1543—1836 wieder. Das Buch sieht mit Recht in den bekundeten Stiftungen Schutzmittel für bestandene Stammgüter, bezw. Nachahmungen solcher, mit Unrecht aber zwischen Stammgütern und Familienfideikommissen völligen Wesensunterschied; auch berücksichtigt es weder die nach Maßgabe des hannoverischen Gesetzes vom 13. April 1836 errichteten Fideikommisse noch die vor und nach diesem Gesetze errichteten zahlreichen Fideikommisse bürgerlicher Familien des Landes Hannover.

25. Smoira, Dr. jur. M., Die Haftung des redlichen Gläubigers nach beendigter Zwangsvollstreckung in bewegliche, dem Schuldner nicht gehörige Sachen. Berlin (F. Vahlen) 1911. 120 S. 2,60 M.

In der klar und gut geschriebenen Abhandlung sucht S. zunächst S. 2 (ff.) die allerdings wesentlich nur von Staub, W. A. Müller, Emmerich und dem Unterzeichneten verfochtene Ansicht zu widerlegen, daß der Gläubiger durch ordnungsmäßige Pfändung auch an Sachen Dritter bei gutem Glauben Pfandrecht zu erwerben vermag. Den bisher für die wenigstens im Schrifttum herrschende Ansicht aufgeführten Gründen fügt S. dabei einen neuen, m. E. offensichtlich fehlsamen Grund hinzu. Daraus, daß, wie anerkannt, durch Pfändung der Forderung eines Dritten Pfandrecht nicht entsteht, meint er, folge unwiderleglich Gleiches für die Pfändung der Sache eines Dritten. Aber kann denn eine Forderung durch gutgläubiges Erwerbsgeschäft erlangt werden wie Eigentum? Gibt es eine Ersitzung von Forderungen?

Sodann legt S. dar

1) S. 44 ff., daß Zwangsvollstreckung in Geld Dritter nicht Eigentum verschaffe,

2) S. 44 ff., daß der Erlös aus Versteigerung ohne Pfandrecht gepfändeter Sachen kraft § 1247 ² BGB. an die Stelle der Sachen trete,

3) daß Zwangsversteigerung ohne Pfandrecht den Gläubiger auf Kosten des dritten Eigentümers bereichere.

Die Sätze 1 und 3 sind m. E. richtig. Unrichtig aber ist m. E. Satz 2. Denn § 1247 BGB. handelt offensichtlich nur von dem Fall, daß der Erlös eines Pfandverkaufes dem Gläubiger ganz oder teilweise kraft Pfandrechts zukommt, nicht auch von dem Fall, daß solcher Erlös dem Gläubiger von Rechts wegen gar nicht zukommt, und auf letzteren Fall den § 1247 entsprechend anzuwenden, ist doch wohl nichts weniger als angezeigt.

Die Schrift hat alle bis zu ihr veröffentlichten Ansichten anderer ebenso vollständig als angemessen besprochen; sie schließt mit rechtspolitischen Erwägungen.

26. Unold, Dr. Johannes, k. Prof. in München, Das Wahlrecht, wie es war, wie es ist und wie es im zukünftigen Kulturstaat werden soll. Kultur und Fortschritt. Nr. 457/459. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. Gautsch (F. Dietrich) 1913. 48 S. 0,75 M.

U. ist für allgemeines, gleiches und direktes Wahlrecht, aber nur je innerhalb wirtschaftlicher Berufsgruppen. Er gibt eine gute Uebersicht über das Wahlrecht sämtlicher Kulturstaaten.

27. Schücking, Walther, Prof. d. R. zu Marburg, Die wichtigste Aufgabe des Völkerrechts. Berlin, Stuttgart, Leipzig (W. Kohlhammer) 1913. 12 S. 0,50 M.

Dieses 3. Heft der Veröffentlichungen des Verbandes für internationale Verständigung mahnt die Wissenschaft des Völkerrechts, vor allem den Ausbau des Haager Staatenverbandes anzustreben.

28. Loewenthal, Dr. Eduard, Grundzüge zur Reform und Kodifikation des Völkerrechts (in deutscher und französischer Sprache). Dritte neubearbeitete Auflage. Berlin (Dreyer) 1912. 14 S. 0,50 M.

Der fruchtbare philosophische Verfasser rühmt diesen zuerst 1874 erschienenen Grundzügen eines Weltstaatenbundes mit obligatorischer internationaler Friedensjustiz hervorragende Förderung der modernen Friedensbewegung nach; sein Erstaunen hierüber wird wohl von jedem Leser geteilt werden.

29. Müller-Erzbach, Rudolf, Prof. zu Königsberg, Die Relativität der Begriffe und ihre Begrenzung durch den Zweck des Gesetzes. Zur Beleuchtung der Begriffsjurisprudenz. Jena (Fischer) 1912.

Die Schrift verkündet für die angeblich noch gar zu sehr in den schädigenden Banden der Begriffsjurisprudenz befangene deutsche Rechtsprechung als Heilmittel die Erkenntnis, daß jedes Gesetz stets nach seinem Zwecke auszulegen sei, und begehrt für jedes Gesetz „sicher umgrenzte, aber möglichst dehnbare“ Begriffe, deren „Relativität“ auch die Ueberzeugung schaffen werde, daß sich aus einem Begriffe nichts nehmen läßt, was man nicht vorher hineingelegt hätte. Das römische Recht soll ganz formal sein und das durch seinen starren Eigentumsbegriff der deutschen Landwirtschaft gebrachte Verderben soll nur durch den Irrtum der Glossatoren vom Dominium directum und Dominium utile gemindert sein. Es werden dann die Begriffe Mensch, Geld, Früchte, Anfechtung, Verfügung, Bergwerk, Eisenerz bewegliches und unbewegliches Gut, verwandt, Besitz, Verschulden, juristische Person, Willenserklärung, Geisteskrankheit, Tierhalter, Anstalt und Geschäftsbesorgung, wie sie im BGB. oder einem oder dem anderen neuen deutschen Gesetze gebraucht, auch wohl wie sie vom Reichsgericht ausgelegt sind, mehr oder weniger kurz besprochen, zuweilen mit Lob für das BGB. oder das Reichsgericht, häufiger aber mit Tadel für eines der beiden. Betreffs des Besitzes ist dabei übersehen, daß § 854 BGB. nicht etwa Besitz als tatsächliche Gewalt bestimmt, sondern nur Erwerb des Besitzes durch die Erlangung tatsächlicher Gewalt vor sich gehen läßt.

30. Vogel, Dr. Karl, Das Recht des Arbeitsvertrages nach BGB., HGB., GewO., SeeO., BSchG. und die GesO. für die Hansestädte, Provinz Hannover, Oldenburg und Mecklenburg; ein Nachschlagebuch für Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Bremen (Otto Melchers) 1912. 133 S. 1,50 M.

Nach dem Vorwort will die Schrift nur „für die meist vorkommenden Fälle“ dienen; dazu wird sie Arbeitgebern und Arbeitnehmern hinsichtlich der hervorgehobenen Rechtskreise genügen, vielleicht auch Juristen.

31. Hoenig, Dr. Rudolf, Die Uebereinstimmung Julians mit Ulpian in der Beurteilung des Dissensus in causa traditionis. Leipzig und Wien (F. Deuticke) 1913. 31 S. 1 M.

Die hier behauptete, seit Zeit der Glossatoren meistens geleugnete Uebereinstimmung ist meines Erachtens hier nachgewiesen durch eine äußerst sorgfältige Auslegung von D 12,1, 18 pr. welcher dem Anschein nach D 41,1, 36 allerdings, wie bekannt, völlig widerspricht. In Kürze findet sich solche Auslegung übrigens schon in § 100 der Vorlesungshefte des Pandektisten W. Francke.

32. Francke, W. Ch., hannov. Amtsrichter, preuß. und hans. Oberlandesgerichtsrat a. D., Barbarossas Angaben über das Gerichtsverfahren gegen Heinrich den Löwen. Hannover (Hellwing) 1913. 48 S. 1,50 M.

In Auslegung der Gelnhäuser Urkunde vom 13. April 1180, den Forschern Weiland und Waitz wenigstens einigermaßen nahe stehend, aber sehr abweichend von Ficker, Klein, Schäfer, Güterbock und Haller, findet der Verfasser im Vorwort der Urkunde das Folgende bekundet:

Verschiedene deutsche Große haben bei Barbarossa als deutschem König gegen Heinrich d. L. wegen „Ungerichte“ geklagt. Barbarossa ließ dieserhalb Heinrich d. L. in rechtsvollkommener Weise auf die Reichstage von Worms, Magdeburg und Kaina laden. Heinrich d. L. blieb stets unentschuldigt aus und ist dieserhalb zu Kaina als Rechtsverweigerer geächtet. Beisitzer Barbarossas an allen drei Gerichtstagen waren lediglich Fürsten aus Schwaben oder schwäbischen Stammes. Im Laufe des Verfahrens hatte Barbarossa einen oder mehrere gerichtsherrliche Strafbefehle gegen Heinrich d. L. erlassen.

Auf dem Reichstag zu Würzburg erfolgte dann im Januar 1180 die Anwendung des Acht-Urteils auf die Verhältnisse Heinrichs zum Reich.

Ein Lehnsprozeß hat vor dem Königsgericht gegen Heinrich d. L. nicht stattgefunden; ebensowenig ist er wegen Hochverrats oder Landesverrats oder wegen Majestätsbeleidigung verurteilt.

33. **Rothe, A.**, Wirkl. Geh. R. Unterstaatssekretär im Reichsamt des Innern, **Ueber den Kanzleistil. Erweiterter und ergänzter Vortrag**; dreizehnte Auflage. Berlin (Heymann) 1913. 35 S. 0,60 M.

Ein aus dem Jahre 1890 stammendes, interessantes Seitenstück zu Deinhardts Aufsätzen in ThürBl. von 1910 S. 53 ff. und 1911 S. 94 ff.

34. **v. Blume, Dr. Wilh.** (ord. Prof. des Rechts in Tübingen), **Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechts.** Tübingen (J. C. B. Mohr) 1913. 29 S. 1 M.

Diese Tübinger akademische Antrittsrede, für den Druck an einzelnen Stellen ergänzt, will, wo Verfügungen von Todes wegen zulässig sind, „das dadurch zurückgedrängte gesetzliche Erbrecht nur einheitlich mit dem Testamentsrecht verstanden wissen“ (S. 13), nämlich in dem Gedanken, daß nicht nur jedes Werk, sondern auch aller Besitz eines Menschen Ausdruck seiner Persönlichkeit sei oder werde, also in jeder Vererbung von Vermögen Vererbung von Persönlichkeitswerten sich vollziehe (S. 15). Danach erklärt die Rede gesetzliches Verwandtenerbrecht nur zulässig, soweit wegen der Verwandtschaft eine persönliche Beziehung angenommen werden darf, zwischen den Verwandten die Traditionen gemeinschaftlich sind (S. 16); auch unterscheidet sie „Gewinnvermögen — das ohne Arbeit des Kapitalisten arbeitende Kapital“ — von dem übrigen Vermögen — dem „Gebrauchsvermögen und dem Geschäftsvermögen“. Auf Grund dessen wünscht die Rede folgenden „Umbau und Ausbau des deutschen Erbrechts,“ welcher dem Unterzeichneten mehr nur ein Umbau deutschen Erbrechts und deutscher Anschauungen über vermögensrechtliche Verfügungsfreiheit zu sein scheint; sie will nämlich

1) für die Ehefrau und die Verwandten erster und zweiter Ordnung des BGB. gesetzliches Erbrecht und Pflichtteilsrecht, für die Großeltern indes hinsichtlich des „Gewinnvermögens“ nur zu Nießbrauch,

2) für die Urgroßeltern gesetzliches Erbrecht hinsichtlich des Gewinnvermögens, jedoch nur zu Nießbrauch,

3) gesetzliches Erbrecht des Reichs mit Abgaben an die Gemeinde oder sonstige öffentliche Verbände,

und sie will ferner Testierfreiheit, aber hinsichtlich des „Gewinnvermögens“ nur zugunsten der Ehefrau, der Verwandten erster und zweiter Ordnung oder zugunsten eines öffentlich-rechtlichen Verbandes und nicht-öffentliche Testamentsurkunden nur für Verfügungen zugunsten gesetzlicher Erben.

35. **Beling, Ernst, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege.** Tübingen (J. C. B. Mohr) 1913. 40 S. 1,20 M.

Die Rektoratsrede des Tübinger Kriminalisten, welche die Seiten 5—34 der Schrift füllt, sucht insbesondere auf Grund der Tatsache, daß Menschennatur gemäß Strafverfahren auch gegen Unschuldige geführt werden, klarzulegen, wie eine Strafprozeßhandlung rechtmäßig, indes unzulässig oder rechtswidrig, obwohl zulässig sein kann, und führt dann weiter aus, wie anderes staatlich geschütztes und

staatlich zu schützendes Interesse mit dem staatlichen Interesse an Bestrafung der Verbrechen in Widerstreit geraten und öfters auch das letztere überwiegen kann, und wie daher Zulässigkeit, Unzulässigkeit, Rechtmäßigkeit, Unrechtmäßigkeit einer Prozeßhandlung Einfluß haben kann auf Fragen von Notwehr, Widerstand gegen die Staatsgewalt, Selbsthilfe, Verletzung bürgerlicher oder staatsbürgerlicher Rechte und Freiheiten.

Auf den Seiten 36—40 behandelt ein „Exkurs zu S. 17" mit Berücksichtigung des einschlagenden Schrifttums die umfassendere Frage, „welche Bedeutung für Rechtmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit einer Handlung der Umstand hat, daß zur Zeit ihrer Vornahme zweifelhaft ist, ob sie rechtlich genißbilligte oder nicht gemißbilligte Folgen nach sich ziehen wird."

Hannover. W. Ch. Francke.

36. Wolf, Dr. B., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit der Rechtsprechung der oberen Gerichte. 2. Aufl. Halle a. S. (Buchhandlung des Waisenhauses) 1913. Geb. 18 M.

An vortrefflichen Handausgaben des BGB ist kein Mangel. Zwischen Fischer-Henle und Achilles-Greif ist die Wahl so schwer, daß ich, als im März d. J. neue Ausgaben von ihnen erschienen, mir beide anschaffte. Zu ihnen gesellt sich die 2. Aufl. von Wolfs Handkommentar. Da sie erst im November 1912 abgeschlossen ist, und die obergerichtliche Rechtsprechung bis in die Zeit unmittelbar vor dem Erscheinen berücksichtigt, so dürfte sie allen anderen Handausgaben, auch dem „kleinen Staudinger", in der Verwertung der neuesten Erscheinungen voraus sein. Für die Beurteilung, die die 1. Auflage gefunden hat, spricht die Tatsache, daß die Regierung von Elsaß-Lothringen sie für sämtliche Amtsgerichte angeschafft hat, obwohl bei keinem der Mitarbeiter eine Zugehörigkeit zu diesem jüngsten Bundesstaat erkennbar ist.

Das Werk steht mit seinen 690 Seiten Kommentar in Lexikonformat an Reichhaltigkeit hinter den anderen Handausgaben nicht zurück, auch nicht an Zuverlässigkeit. Besonderes Lob verdient das umfangreiche Sachregister von 112 Seiten dieses großen Formates.

37. Stier-Somlo, Gewerbeordnung mit Nebengesetzen. Mannheim (J. Bensheimer). 1220 S. 7,50 M.

Dem Mangel an kommentierten Handausgaben der Gewerbeordnung, nicht an großen mustergültigen Kommentaren, hilft Stier-Somlo ab. Die besondere Notlage bei der Gewerbeordnung, daß man immer darauf bedacht sein mußte, die neueste Ausgabe zur Hand zu haben, scheint ja jetzt überstanden. Wenigstens soll die jahrzehntelange Flickarbeit durch Novellen nun endlich aufhören; erforderliche Ergänzungen sollen in selbständigen Gesetzen erfolgen, wie dem Hausarbeitsgesetz vom 20. Dezember 1911. So können wir auch hoffen, daß die vorliegende vortreffliche Ausgabe so bald nicht veralten wird. Sie bietet nach einem Ueberblick über die Rechtsentwicklung (S. IX—XXXII), der mit einer knappen und doch anschaulichen Schilderung des Zunftwesens vom Mittelalter an beginnt, eine die unendliche Menge der Literatur und vor allem die Entscheidungen meisternde Erläuterung der Gewerbeordnung (S. 1—888). Im Anhang sind die wichtigsten Ausführungsbestimmungen und Nebengesetze abgedruckt (S. 889—1099). Ein Sachregister von nicht weniger als 88 Seiten bildet einen wohl kaum versagenden Führer durch den stattlichen Band.

Für die wissenschaftliche Zuverlässigkeit bürgt der Name des Herausgebers. Ihre Ausstattung ist die mustergültige der „Sammlung deutscher Gesetze" des Verlages.

Jena. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen.

Die operis novi nuntiatio (Verbot einer Bautätigkeit seitens des Nachbars) und das Bürgerliche Gesetzbuch. Insbesondere Verbot einer städtischen Kanalisation seitens des Straßenanliegers. Senkrechtes Abgraben an der Grenze in einer Ackerbaugemarkung. Aufführung eines Baues daselbst.

Von Dr. Scherer, Rechtsanwalt beim Reichsgericht in Leipzig.

Inhalt.

§ 1. Römisches Recht. Welches ist der Grund der Bestimmung des römischen Rechts in D. 39, 1 und C. 8, 11 über die operis novi nuntiatio?

Während die Literatur bezüglich der operis novi nuntiatio, welche Windscheid in Bd. 2 § 466 mitteilt, nicht unerheblich ist, hat der Praktiker unter der Herrschaft des gemeinen Rechts nicht recht gewußt, was er mit derselben anfangen sollte. Windscheid bemerkt in § 465 Note 18: die Praxis vertritt sehr verschiedene Standpunkte, und tatsächlich führt auch Windscheid in § 465, abgesehen von der Note 18, keinen einzigen praktischen Fall an.

„Das römische Recht (und zwar das Edikt des Prätors) gestattet, daß, es mag ein Bau mit Recht oder Unrecht unternommen werden, demselben durch Einspruch (wegen eines Neubaues) Einhalt geschieht, aber das Verbot soll insofern wieder aufgehoben werden, als der Nunziant kein Recht zum Verbieten habe."

Es handelt sich also um Einspruch gegen eine Bautätigkeit.

Die Wirkung des Einspruchs war, daß der Bauunternehmer alsdann auch für den Schaden haftet, wenn ihn kein Verschulden traf, falls er nicht vorgezogen hat, den Bau überhaupt einzustellen (vgl. Windscheid, Bd. 2 § 464 Nr. 4 und § 466 Nr. 2 am Ende).

Nuntiare bedeutet hier verbieten oder warnen (Gefahr melden), und zwar außergerichtliches Verbieten, Klage ist also nicht nötig. Hieraus folgt ferner, daß nach der Vollendung des Baues dieser Rechtsbehelf nicht mehr zulässig ist. Für den Praktiker war immer die große Frage: Wann ist der Rechtsbehelf begründet? Windscheid a. a. O. sagt in dieser Hinsicht: „Das Recht zu diesem Einspruch konnte[1]) auf eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung gestützt werden." Hier ergibt sich sofort das Bedenken: Ist für diesen Fall der Rechtsbehelf überhaupt notwendig? Denn wenn eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung verletzt wurde, so konnte auch nach Vollendung des Baues auf Niederlegung geklagt werden. Allerdings hätte die außergerichtliche Nuntiation während des Baues selbst dann einen Schadenersatzanspruch begründet, wenn der Bauende im guten Glauben gewesen wäre.

Weiter unten, namentlich in § 4, wird ausgeführt werden, daß die Nuntiation auch dann zulässig war, wenn der Neubau zwar auf

1) Also nicht „mußte".

dem Eigentum des Bauenden, aber in gefahrdrohender Nähe des Nachbarn ausgeführt wird. Und gerade für diesen Fall war die Nuntiation ein sehr praktischer Rechtsbehelf. In vielen Fällen wurde nämlich ein solcher Bau vollendet, ohne daß dem Nachbar ein Schaden entstand; dann war mit der Vollendung des Baues die Sache überhaupt erledigt. Entstand aber ein Schaden, so haftete der Bauende. Für den eingetretenen Schaden war durch die Nuntiation, wie oben ausgeführt, die Schadensersatzpflicht begründet.

In Rom waren die Straßenverhältnisse sehr beengt. Dies folgt aus der Art und Weise, wie Nero mit dem alten Rom aufräumte, was Tacitus, Annal. XV, 38, 45, überliefert. In Rom mußte daher der Fall der Nuntiation häufig vorkommen, und zwar namentlich dann, wenn der Nachbar zwar auf seinem Eigentum, aber in der Nähe der Grenze Bauten aufführte, z. B. das Ausgraben der Fundamente, so daß für den Angrenzer Gefahr entstehen mußte.

Die Eigentümlichkeiten des Rechtsbehelfs der operis novi nuntiatio sind folgende: 1) es genügt ein außergerichtlicher Akt, nämlich ein mündlicher Widerspruch. 2) Entsteht infolge des Neubaues Schaden, so haftet der Bauende auch für den Schaden, wenn ihn kein Verschulden trifft. Im Falle eines Verschuldens hätte das aquilische Gesetz ausgereicht.

Was vom Neubau gesagt ist, gilt auch vom Abbruch alter Gebäude; hier ist noch besonders zu beachten, daß nach römischem Recht das Ausbauchen der Mauer auf des Nachbars Grundstück bis zu einem gewissen Grade gestattet war. Das Gesagte dürfte endlich auch gelten für Ausgrabungen (Ausschachten) des Grund und Boden.

In früheren Jahrhunderten war für das gemeine Recht die Ansicht vertreten, es handele sich hier um einen Besitzschutz, weil der Prätor ein Interdikt gewähre. Von diesem Standpunkt aus erhob sich die Frage, ob die operis novi nuntiatio nicht überhaupt eine überflüssige Bestimmung im System des römischen Rechts war.

Das römische Recht gab ein Interdikt 1) wegen Besitzstörung (interdictum uti possidetis) und 2) wegen Besitzentsetzung (interdictum unde vi). Hier könnte nur die Besitzstörung in Frage kommen.

In Wirklichkeit handelte es sich um eine Spezialklage, welche das römische Recht eingeführt hatte; auch ihre Wirkungen waren durch positive Vorschrift geregelt, so daß für das römische Recht die Untersuchung überflüssig scheint, ob es sich um eine Besitzklage oder eine petitorische Klage handelt.

Ferner ist zu beachten, daß man heute allgemein anerkennt, Interdikte können auch nach römischem Recht in solchen Fällen erlassen werden, in welchen es sich nicht um eine Besitzstörung handelt. Interdikt ist nur ein anderer Name für die Klage.

Auch darüber war Streit, was der Richter erkennen konnte.

Die Praxis des GR. gewährte dem Richter das Recht, a) die Fortsetzung des Baues zu untersagen und die Herstellung des früheren Zustandes zu verfügen. Es dürfte in der Praxis kaum ein Fall nachweisbar sein, in welchem der Richter von dieser Befugnis Gebrauch gemacht hat. b) Der Richter konnte die Fortsetzung des Baues gestatten. Der Richter mußte dies tun, wenn der Kläger kein Recht hatte, die Fortsetzung des Baues zu untersagen. Nach der Praxis konnte der Richter aber auch die Fortsetzung des Baues gegen Sicherheitsleistung verfügen. Der Pandektist Huberus spricht sich in dem Titel der operis novi nuntiatio Nr. 11 (Buch 89 Bd. 1 Nr. 11 S. 1391 dahin aus: Scilicet (admittenda est cautio), quando quis aedificat in suo: neque enim me, in possessione mea, quisquam praetextu satisdationis, turbare potest.

Ebenso Carré, Le Droit Français, 2. Aufl. Bd. 2, Paris 1839, S. 233 Nr. 1384.

Das Resultat wäre daher folgendes: Bereits nach römischem Recht konnte die operis novi nuntiatio nicht nur aus dem Gesichtspunkt der Eigentumsbeschränkung, sondern auch aus dem Gesichtspunkt der Besitzstörung oder der Eigentumsstörung gerechtfertigt werden. Der betreffende Titel der Digesten und des Codex behandelte an sich den praktischen Fall der Eigentumsstörung durch Neubau oder Niederlegung eines Baues auf dem Gebiet des Nachbars. Dieser Fall hatte allerdings zwei Eigentümlichkeiten: Zunächst darf jeder auf seinem Eigentum schalten und walten wie er will, er darf also zweifellos auf seinem Eigentum einen Neubau aufführen, oder einen vorhandenen Bau niederlegen. Nur darf er hierbei sein Eigentum nicht in der Weise gebrauchen, daß er den Nachbar in Gefahr bringt. Sodann werden vielfach Neubauten ausgeführt oder Bauwerke niedergelegt, ohne daß dem Nachbar Schaden entsteht. Die Gefährdung für den Nachbar ist in der Regel vorübergehender Natur. Ist daher der Bau aufgeführt oder niedergelegt, ohne daß dem Nachbar ein Schaden entstanden ist, so hat letzterer kein Klagrecht.

Endlich kommt folgendes in Betracht. Durch die Aufführung oder Niederlegung eines Baues kann dem Nachbar Schaden entstehen, ohne daß dem Eigentümer, welcher den Bau auf seinem Grundstück

aufführt oder niederlegt, ein Verschulden trifft; aus aquilischem Gesetz wäre daher dieser Eigentümer für den Schaden nicht verantwortlich. Durch die außergerichtliche operis novi nuntiatio wird er aber für den Schaden verantwortlich, auch wenn ihm kein Verschulden im Sinne des aquilischen Gesetzes trifft. Dies ist vermutlich der Grund, warum das römische Recht die operis novi nuntiatio besonders eingeführt hat und sehr ausführlich behandelt. Es handelt sich hier um eine Spezialklage mit besonderen Wirkungen. Dieselbe kann eine Besitzklage oder Eigentumsklage sein.

§ 2. Das französische Recht und die operis novi nuntiatio.

Weder der C. c. noch die französische Zivilprozeßordnung beschäftigt sich mit der operis novi nuntiatio. Dieses Schweigen des Gesetzgebers hat aber nicht etwa die Frage veranlaßt, ob die operis novi nuntiatio überhaupt beseitigt sei, sondern nur die Frage, ob dieselbe eine Besitzesklage oder eine Eigentumsklage ist. Zweifellos sind die römisch-rechtlichen Gesetze über die operis novi nuntiatio aufgehoben, diese ist nicht mehr als Spezialklage zugelassen mit den besonderen Wirkungen, welche ihr in dem römischen Recht beigelegt sind. Eine weit verbreitete Meinung nimmt aber an, es handele sich um eine Art der Besitzstörungsklage im Sinne des Art. 23 der französischen Prozeßordnung.

1) Die Frage ist z. B. behandelt in a) Oeuvres Judiciaires Du Président Henrion de Pansey, Paris, Dussillon, Editeur, 1843, p. 111—116. Hier ist insbesondere ausgeführt: Das Verbot, ein neues Bauwerk aufzuführen, hat seinen Ursprung im römischen Recht, und zwar in dem Digestentitel 39, 1 operis novi nuntiatio. Das Bauwerk dürfe noch nicht vollendet sein. Der Schriftsteller gibt im wesentlichen die Bestimmung des römischen Rechts wieder und führt aus, es handele sich um eine Besitzstörung. Die Klage gehöre daher nach dem französischen Recht vor den Friedensrichter und falle unter den Art. 23 der französischen Zivilprozeßordnung. Der wesentliche Unterschied vom römischen Recht bestehe darin, daß heute außergerichtlicher Widerspruch nicht genüge, sondern Klage notwendig sei. Von dem Werk Henrion de Pansey, Kompedenz der Friedensrichter, gibt es auch eine deutsche Uebersetzung, woselbst die Frage behandelt ist in Kapitel 23.

b) Aehnlich spricht sich aus M. Berriat-Saint-Prix, Cours de Procédure civile, 8. éd., Bruxelles 1837, S. 84, Note 31 (2).

c) Ebenso ist die ganze Materie sehr ausführlich behandelt in Carré, Le Droit Français. (Das französische Recht und die Zuständigkeit des Friedensgerichts), 2. Aufl., 1839, Bd. 2, S. 231—249, Nr. 1380—1401.

2) Andere Schriftsteller führen aus, man erschrecke über die Macht, welche nach dieser Meinung dem Friedensrichter (welcher eine beschränktere Kompetenz hat als unser Amtsrichter) gegeben ist, und diese Meinung kehrt daher den Eigentumscharakter der operis novi nuntiatio hervor und verweist dieselbe an das Kollegialgericht erster Instanz (= unserem Landgericht). — Ausführlich behandelt Troplong, Préscription (1857) die operis novi nuntiatio unter Nr. 313 bis 328, S. 470—492. In Nr. 320 führt Troplong aus, unter der Herrschaft des jetzigen Rechts kann die sogenannte operis novi nuntiatio bald eine Besitzesklage, bald eine Eigentumsklage sein; im Laufe der Hauptklage ist eine einstweilige Verfügung möglich.

Wenn nämlich der Nachbar auf seinem Grund und Boden Arbeiten ausführt, insbesondere Aufgrabungen, so könne er hierdurch sehr wohl den anderen Nachbar in seinem Besitz stören. — Außerdem kann aber auch das Eigentum des Nachbarn hierdurch verletzt werden.

In Frankreich hat die operis novi nuntiatio ihre Bedeutung in der Praxis fast verloren auf Grund folgender Rechtsprechung: Der Eigentümer, welcher auf seinem Grundstück Umgrabungen vornimmt und hierdurch einen Einsturz von Gebäuden oder Anlagen des Nachbars verursacht, ist zur Schadloshaltung verpflichtet. „Alle sind über diesen Punkt einstimmig", Laurent, principes, Bd. 6, Nr. 142 am Ende, S. 193 am Ende der 3. Brüsseler Ausgabe 1878. Daselbst ist zitiert Aubry et Rau, Bd. 2, S. 194, Note 2.

§ 3. Standpunkt der Motive. Stellung des BGB. zur operis novi nuntiatio. § 3—11.

Die Motive zum BGB. II 759—764 schließen mit den Worten: „Es sind in dieser Beziehung vielmehr neben den allgemeinen Rechtsnormen über unerlaubte Handlungen die Vorschriften des Nachbarrechtes maßgebend, aber auch ausreichend."

Die Motive kommen in Bd. 2, 814—818 nochmals auf die Frage zu sprechen. Vgl. auch Motive Bd. 3, 121, 129, welche auf die einstweiligen Verfügungen als Ersatz hinweisen und den possessorischen Charakter der operis novi nuntiatio hervorheben.

Die Verweisung der Motive auf einstweilige Verfügungen ist nicht entscheidend, denn einstweilige Verfügungen können nur dann erlassen werden, wenn ein materieller Rechtsanspruch besteht, auf welche sie basiert werden. Diese schwierige Frage entscheiden die Motive nicht.

§ 4. Welches ist der Standpunkt des BGB.? Praktische Bedeutung der Frage.

Unser BGB. und unsere ZPO. enthält ebensowenig wie das moderne französische Recht eine Bestimmung über das Institut der römischen operis novi nuntiatio. Es kann sich daher nur fragen, ob dasselbe unter die Bestimmungen über Besitzesschutz § 854 oder Eigentumsschutz § 903 ff. fällt. Beide Fragen dürften zu bejahen sein.

Betreffs Anlage einer Kanalisation und ähnlicher Fälle findet sich zur Begründung der operis novi nuntiatio in § 909 BGB. die von Windscheid für das gemeine Recht hervorgehobene gesetzliche Eigentumsbeschränkung: „Das Recht zu diesem Einspruch konnte auf eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung gestützt werden." Vgl. oben § 1. § 909 verbietet das allzunahe Graben an der Grenze. Aber derselbe ist eine lex imperfecta. Gräbt man nämlich so nahe an der Grenze, daß das Grundstück des Nachbarn einstürzt, so haftet der Unternehmer der Arbeit nicht etwa für den entstehenden Schaden; sondern nur dann, wenn ihm ein Verschulden nachgewiesen wird; also nur aus § 823 Wort „Eigentum". Dieser Mangel bestand bereits im römischen Recht, ihn wollte die sogenannte operis novi nuntiatio abhelfen. Bietet hierzu das BGB. eine Stütze? Eine gesetzliche Bestimmung fehlt; es fragt sich daher, ob aus den Bestimmungen des BGB. über Eigentum oder Besitz die offenbare Lücke ausgefüllt werden kann.

Bezüglich des Besitzes findet sich eine diesbezügliche Bestimmung in § 858, welche die Besitzstörung verbietet. Hiernach hat der Nachbar auch nicht das Recht, einen Anlieger durch eine gefahrdrohende Arbeit in seinem Besitz zu stören; und zwar auch dann nicht, wenn er die gefahrdrohende Arbeit auf seinem Eigentum vornimmt.

Es erhebt sich zunächst die Frage, was unter Besitzstörung zu verstehen ist. Folgende Definition, welche aus der Zeit vor 1700 stammt, dürfte zutreffen: Turbatio dicitur fieri per quamcumque molestiam et impedimentum.

Man wird nun allerdings sagen können, daß z. B. der Beginn einer Kanalanlage den ruhigen Besitz der Anlieger stört, weil in

gar nicht seltenen Fällen, was die Entscheidungen der Gerichte beweisen, die Häuser der Anlieger sich senken oder Risse bekommen.

Wenn man z. B. sich im Hause befindet und während dieser Zeit das Haus einrutscht oder Risse bekommt, so ist man zweifellos im ruhigen Besitz gestört. Dies gilt namentlich in engen Straßen, oder wenn der Kanal in der Nähe einer Häuserreihe geführt wird. — Ist die betreffende Straße eine Geschäftsstraße mit Läden, so werden die Mieter der Läden, solange die Kanalarbeiten sich vor ihren Läden befinden, in ihren Einnahmen beeinträchtigt. Das Geschäft geht schlechter, dieselben erleiden unzweifelhaft einen Ausfall. Es liegt also in diesen Fällen in der Tat eine Besitzstörung durch eine Handlung vor. Man kann also sehr wohl in seinem ruhigen Besitz gestört sein, wenn der Nachbar auf seinem Grundstück ein Bauwerk in einer solchen Nähe der Grenze aufführt oder niederlegt, daß das Haus des Nachbars in die Gefahr kommt einzustürzen oder Risse zu bekommen. Man denke nur, daß Nachts ein solcher Unglücksfall eintritt. Selbst das Leben der Bewohner des Hauses kommt in Gefahr. Bei einer städtischen Kanalisation können auch die Besitzer der Läden schwere Einbuße an ihren Einnahmen erreichen, weil der gefahrlose Verkehr gehindert ist.

Es dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß die sogenannte operis novi nuntiatio durch die Besitzstörungsklage des BGB. ersetzt wird. — Dagegen fehlt eine besondere Bestimmung des BGB., durch welche die operis novi nuntiatio aus dem Gesichtspunkt des Eigentums begründet werden kann, aber allgemeine Erwägungen dürften auch nach dieser Richtung dahin führen, daß dies zulässig ist. Gewiß darf der Nachbar sein Eigentum nach Belieben gebrauchen und auf demselben Bauten ausführen und Nachgrabungen vornehmen, aber er darf das Eigentumsrecht seines Nachbarn nicht beeinträchtigen. Schon der Pandektist Pothier, Domaine du propriété Nr. 10 gibt eine Definition des Eigentums mit dem Zusatz „ohne jedoch das Recht des anderen zu beeinträchtigen". Wenn aber der Nachbar auf seinem Grundstück solche Ausgrabungen vornimmt, daß, wenn auch ohne Verschulden das Haus des Nachbarn Risse bekommen und sogar einstürzen kann, so beeinträchtigt er den ruhigen Genuß des Eigentums seines Nachbarn, und zwar dadurch, daß er eine Gefährdung schaffte. Der Beginn und die Fortsetzung des neuen Werkes kann daher von dem gefährdeten Nachbar auch aus dem Gesichtspunkt des Eigentums verboten werden.

Der praktische Unterschied, ob die operis novi nuntiatio aus dem Gesichtspunkt der Besitzstörung oder des Eigentums begründet

wird, ist prozessual gleichgültig, weil nach unserer Gesetzgebung die Besitzesklagen nicht ausschließlich an das Amtsgericht verwiesen sind. Aber die Besitzstörungsklage steht einem weit größeren Kreis von Personen zu, so z. B. dem Mieter.

Das Reichsgericht operiert in seinem Urteil, abgedruckt in § 6 Nr. 2 mit allgemeinen Gesichtspunkten, kommt aber bezüglich des Klagrechts zu demselben Resultat.

Aus dem Gesagten folgt zugleich, daß nach Vollendung des gegnerischen Neubaues oder der gegnerischen Ausgrabung dem Nachbar das Rechtsmittel nicht mehr zusteht, die Einstellung des Neubaues zu verlangen.

Die Aenderung gegenüber dem römischen Recht ist folgende: Heute ist Klage (sei es Besitzstörungs- und Eigentumsklage) oder einstweilige Verfügung notwendig; nur alsdann haftet der Gegner für den Schaden, der durch die Weiterführung des Baues entsteht, selbst wenn ihn kein Verschulden trifft. Nach römischem Recht genügte das außergerichtliche Verbot.

§ 5. Die Theorie.

In dem Kommentar von Scherer ist in Bd. 2 S. 1269 Nr. 25 im Anschluß an die Motive hingewiesen auf eine selbständige Klage und die einstweilige Verfügung als zulässige Rechtsbehelfe (vgl. Bd. 3 S. 11 Nr. 14).

§ 6. Standpunkt des Reichsgerichts bezüglich der operis novi nuntiatio nach dem BGB., und zwar im Falle einer städtischen Kanalisation.

Das Reichsgericht hat zwar den technischen Ausdruck operis novi nuntiatio nicht gebraucht; es hat sich aber gelegentlich der Senkung eines Hauses infolge städtischer Kanalisation in zwei Entscheidungen im Resultat mit der Frage befaßt und namentlich in der Entscheidung, welche hier an zweiter Stelle mitgeteilt ist. Die entscheidende Stelle ist durch Sperrdruck hervorgehoben.

Wenn eine städtische Kanalisation ausgeführt wird, so schließt dieselbe Gefahren in sich. Es entstehen in nicht seltenen Fällen Schäden, ohne daß die Stadt ein Verschulden trifft. Nach der Auslegung, welche § 909 BGB. gefunden hat, haftet die Stadt zwar für die Herstellung des früheren Zustandes, aber nicht für den Schaden. Nach dem unter 2 folgenden Urteil des Reichsgerichts haftet die Stadt

nicht einmal für die Beseitigung der Risse, noch weniger für den Schaden, welcher z. B. durch das Ausziehen der Mieter dem Hauseigentümer entsteht.

1) Rheinisches Rechtsgebiet: Senkung eines Hauses infolge städtischer Kanalisation. Das Reichsgericht hat entschieden:

„Fortdauernde Geltung des öffentlichrechtlichen Grundsatzes von der Entschädigung bei Opfern aus Zwecken des öffentlichen Wohls in Elsaß-Lothringen. — Die Klage ist nicht auf ein Verschulden der Beklagten oder der unter ihrer Aufsicht mit der Ausführung der Anlage betraut gewesenen Firma H. & W., sondern darauf gestützt, daß durch eine öffentliche Arbeit der Schaden verursacht, daher nach dem in Elsaß-Lothringen noch geltenden öffentlichen Recht Entschädigung auch ohne das Erfordernis eines Verschuldens zu gewähren sei. Klage zugesprochen." RG. 13. Dezember 1904. II 133/04. JW. 1905, 70—71. PuceltsZ. 1905, 141—145.

2) PrLR. Das Reichsgericht III. Zivilsenat hat PrLR. Einleitung § 75 dahin ausgelegt, daß derselbe in einem solchen Falle nicht Platz greife und das abweisende Urteil des Oberlandesgericht Naumburg vom 4. März 1910, welches nicht einmal für die entstehenden Risse des Hauses Schaden zugesprochen hat, bestätigt. Dieses Urteil des Reichsgerichts vom 4. Juli 1911, III 233/10, welches wegen seiner theoretischen und praktischen Bedeutung wörtlich folgt, lautet:

Die Beklagte hat in der Großen Klausstraße in Halle einen Kanal legen lassen. Infolge der dazu bewirkten Ausschachtung erhielt das an der Straße belegene Haus der Kläger mehrere Risse. Die Kläger nehmen die Beklagte auf Schadensersatz in Anspruch. Ihre gegen das klagabweisende Berufungsurteil erhobene Revision begründen sie damit, daß mit Unrecht das Erfordernis eines Verschuldensnachweises angenommen, daß aber auch der Begriff des Verschuldens bei der Feststellung, daß ein solches nicht nachgewiesen, verkannt sei, und daß ein Schadensersatzanspruch sich auch aus der Vorschrift des § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht ergebe. Die Revisionsangriffe gehen fehl.

Soweit der Klaganspruch auf das Vorliegen einer unerlaubten Handlung, sei es auf den § 823 Abs. 1 BGB., sei es auf den Verstoß gegen ein Schutzgesetz (§ 823 Abs. 2) gestützt ist, bildet für ihn der Nachweis eines von der Beklagten zu vertretenden Verschuldens die selbstverständliche Voraussetzung. Die Ausführung, daß dieser Nachweis von den Klägern nicht erbracht sei, hat das Berufungsgericht eingehend und unter sorgfältiger Würdigung der Sachverständigengutachten und des sonstigen Ergebnisses der Beweisaufnahme begründet. Die Beweiswürdigung als solche unterliegt nicht der Nachprüfung im Rechtszuge der Revision, ein Verstoß gegen § 286 ZPO. oder eine Verkennung des Schuldbegriffes (§ 276 BGB.) wird dem Berufungs-

urteile von der Revision mit Unrecht vorgeworfen. Wer es unterläßt, die zur Verhütung voraussehbarer Nachteile notwendigen Maßnahmen zu treffen, der verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, selbst wenn diese Maßnahmen Aufwendungen erfordern, die das Unternehmen unwirtschaftlich erscheinen lassen. Das verkennt aber auch das Berufungsgericht keineswegs. Es sagt zu dem Vorwurfe der Kläger, daß der Kanal in die Mitte der Straße hätte gelegt werden müssen, folgendes: „Daß die Kosten hierdurch erheblich vermehrt worden wären, mag nicht ins Gewicht fallen, wenn die Gefahr für das Haus der Kläger geringer geworden wäre." Allein die Anforderungen an die im Verkehr erforderliche Sorgfalt dürfen nicht so hoch gespannt werden, daß jede entfernte Möglichkeit in Betracht gezogen wird (vgl. RG. in GruchotsBeitr. 49, 614). Nun führt das Berufungsgericht auf Grund tatsächlicher, durch das Gutachten des für maßgebend erachteten Sachverständigen gestützter Erwägungen unangreifbar aus, daß das erst durch das Zusammentreffen einer Reihe ungünstiger Umstände herbeigeführte, für die Beschädigung des Hauses ursächlich gewordene Ausweichen des Bodens eine solche entfernte Möglichkeit sei. Bei dieser Feststellung enthält die dem Gutachten entlehnte Bemerkung „auf derartige Möglichkeiten die Bauweise eines Kanals von vornherein einrichten zu wollen, würde mit Rücksicht auf die hohen unnötigen Mehrkosten durchaus unwirtschaftlich sein", keinen Rechtsirrtum. Ebenso ist es nicht rechtsirrig, wenn auf Grund der tatsächlichen Feststellung, daß keine nötigen Sicherungsmaßregeln unterlassen seien, daß nichts zu entdecken sei, was als ordnungswidrig bei der Bauausführung bezeichnet werden müsse, daß die tatsächlichen Verhältnisse bei Wahl von Lage und Bauart des Kanals genügend berücksichtigt seien, daß man in der getroffenen Anordnung keine Fehler erblicken könne, die Risse und Schäden nicht auf unsachgemäße Ausführung der Kanalarbeiten zurückzuführen seien, vielmehr die Bauausführung als durchaus sachgemäß gelten müsse, das Berufungsgericht das Gelingen des Verschuldensnachweises verneint.

Nun haben die Kläger ihren Anspruch nicht nur auf die Vorschriften über unerlaubte Handlungen, insbesondere auf die Verletzung von gewissen als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. bezeichneten Gesetzesbestimmungen, begründet, sondern unmittelbar aus dem Nachbarrechte hergeleitet, sei es aus § 909, wie der Tatbestand des Berufungsurteils ersehen läßt, sei es aus § 907 BGB., wie seine Entscheidungsgründe ergeben. Keiner dieser Gesetzesvorschriften läßt sich jedoch entnehmen, daß der Beklagten eine Schadensersatzpflicht anders als im Falle eines von ihr zu vertretenden Verschuldens obliegt.

Daß zur Begründung des Schadenersatzanspruchs aus § 907 BGB. regelmäßig die Behauptung eines Verschuldens des die Anlage Herstellenden oder Haltenden gehört, ist nach Rechtsprechung und Wissenschaft nahezu außer Streit (vgl. RGZ. 58, 130, anderseits OLGRspr. 5, 151 d). Nur dann, wenn dem Grundstückseigentümer ausnahmsweise durch gesetzliche Vorschrift der Anspruch auf Beseitigung der schädlichen Einwirkungen einer Anlage genommen ist (z. B. § 904 BGB., § 26 GewO.), steht ihm nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts der Schadensersatzanspruch zu, auch ohne daß er ein Verschulden des Nachbars nachweist. (RGZ. 58, 130; 59, 70; 70, 150; JW. 1907 S. 299; JW. 1910 S. 580 [15],

S. 619 [13]; Urteile vom 29. November 1900 VI 273/1900, vom 11. Mai 1901 V 77/1901, vom 22. Juni 1904 V 9/1904). Allein so liegt die Sache hier nicht. Es besteht keine gesetzliche Vorschrift, durch welche die Kläger gehindert gewesen wären, durch Klage oder Antrag auf einstweilige Verfügung den nachteiligen Einwirkungen des Kanalbaus auf ihr Grundstück sich zu widersetzen, z. B. unter Darlegung der besonderen gefahrsteigernden Umstände zu verlangen, daß die Absteifungen in der Baugrube von vornherein mit der Vorsicht und in dem Umfange vorgenommen würden, wie es nach Eintritt der Rohrbrüche geschehen ist. Daß zur Erkennung der erhöhten Gefahr Sachkunde erforderlich ist, stand der Geltendmachung des Widerspruchs nicht entgegen. Die Kläger mochten sich sachkundigen Beirats bedienen. Daß die Erhebung des Widerspruchs durch den Eintritt des Schadens überholt werden kann, ist ein Uebelstand, der in allen Verhältnissen möglich ist (vgl. RGZ. 63, 379). Mochten die Kläger aber auch tatsächlich an der Geltendmachung des Anspruchs auf Beseitigung der Beeinträchtigung behindert sein, rechtlich stand er ihnen zu, und damit entfällt der besondere Grund, aus dem ihnen ein nicht vom Verschuldensnachweis abhängiger Schadensersatzanspruch zu geben gewesen sein würde. Es müßte zu unerträglichen Folgen führen, wollte man die tatsächliche Behinderung an der Geltendmachung des Beseitigungsanspruchs, wie die Rivision will, dem gesetzlichen Ausschlusse dieses Anspruchs gleichstellen. Die Beklagte würde also aus § 907 BGB. auf Schadensersatz nur dann zu haften haben, wenn ihr ein Verschulden zur Last gefallen wäre. Sie hat nach der bedenkenfreien Feststellung des Berufungsgerichts zur Schadensabwendung alles bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt Nötige getan. Daß der Schaden trotzdem infolge des nicht (keineswegs aber mit Sicherheit — § 907 BGB.; JW. 1912 Beilage S. 203) voraussehbaren Zusammentreffens mehrerer gefahrbringender Umstände entstanden ist, das ist ein Zufall, für den sie nicht haftet (RGZ. 63, 378 ff.).

Für den Tatbestand des § 909 BGB. kommt der Grund, aus dem im Falle des § 907 unter Umständen ein vom Erfordernis des Verschuldensnachweises freier Schadensersatzanspruch gegeben wird, nicht in Betracht. Es gibt keine Gesetzesvorschrift, die dem Nachbar gestattet, sein Grundstück in der Weise zu vertiefen, daß das andere Grundstück die erforderliche Stütze verliert, und die ihm zugleich die Sorge für eine genügende anderweitige Befestigung erläßt. Der bedrohte Nachbar hat also unter allen Umständen den Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung. Schadensersatz kann er aber immer nur unter der Voraussetzung des Verschuldensnachweises verlangen (Planck; Erläuterung 2c Abs. 2 zu § 909; BGB. erläutert von Reichsgerichtsräten Anm. 1 zu § 909; RG. in Gruchot 50, 680 [SeuffA. Bd. 61, Nr. 34]; RG. 51, 177; 62, 370; Urteile vom 28. Februar 1906 V 366/05, vom 25. Oktober 1905 V 114/05, vom 21. März 1906 V 145/05).

Auf den § 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, wonach der Staat den zu entschädigen gehalten ist, der seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, kann die Klage schon

deshalb nicht gestützt werden, weil vorliegendenfalls keine im öffentlichen Interesse gegebene Anordnung irgendwelche Aufopferung ihrer besonderen Rechte von den Klägern verlangt hat. Die Anlegung eines Kanals auf städtischem Grund und Boden ist kein beabsichtigter Eingriff in das Eigentum der Anlieger. Die Beschädigung angrenzender Gebäude ist nicht, wie es die Revision darzustellen sucht, eine notwendige oder gar bestimmungsgemäße Folge der Kanalherstellung, sondern lediglich eine von vornherein nicht gewollte, durch Schuld oder Zufall verursachte, Begleiterscheinung.

Die unbegründete Revision mußte mit Kostenfolge nach § 97 Abs. 1 ZPO. zurückgewiesen werden.

§ 7. Bemerkungen zu dem zweiten reichsgerichtlichen Urteil unter Berücksichtigung des Landrechts.

Eine städtische Kanalisation ist zweifellos die Vornahme einer Bautätigkeit. Falls dieselbe nahe an der Grenze eines Grundstücks vorgenommen wird, ist sie gemäß § 909 BGB. nicht gestattet, weil alsdann die Gefahr besteht, daß das Nachbargrundstück (Nachbargebäude) einrutscht oder Senkungen und Risse bekommt. Der Anlieger hat daher das Recht, eine Klage auf Untersagung des Beginns oder Fortsetzung der Kanalisation zu erheben, mag man diese Klage als Eigentumsklage oder Besitzesklage bezeichnen. Denn es ist eine Verletzung des Eigentums oder des ruhigen Besitzes, wenn man in die Gefahr kommt, daß das Gebäude, in welchem man wohnt, einrutschen oder Risse bekommen kann, zumal hierdurch auch Leben und Gesundheit gefährdet ist. Ob der Mieter des Ladens, welcher während der Vornahme der Kanalisationsarbeiten in seinem Geschäft Einbuße an Einnahme erleidet, ein gleiches Recht hat, ist zweifelhaft. Da aber der Mieter nach § 854 ff. Besitzer ist, dürfte die Frage zu dessen Gunsten zu bejahen sein. Nach unserem Recht besteht zwischen der Besitzesklage und der Eigentumsklage kein so erheblicher Unterschied wie nach der französischen Gesetzgebung, weil beide Klagen bei einem Streitwert von 600 M. an das Amtsgericht gehören und ein Verbot, Petitorium und Possitorium nicht zu verbinden, nicht besteht. Der Hauptunterschied zwischen der Eigentums- und der Besitzesklage ist nach unserem Recht, daß letztere nach § 864 in einem Jahr verjährt.

Der Vorteil, welchen die Klage dem Anlieger bietet, besteht darin, daß die Stadt, welche die Kanalisation ausführt, nach Zustellung (oder Einreichung) der Klage auch für den zufälligen Schaden einzustehen hat.

Ist der Einwand gegen die Klage zulässig, daß nach dem betreffenden Landrecht die Kanalisation, welche im öffentlichen Interesse vorgenommen wird, vom Gericht nicht untersagt werden könne? Die Frage dürfte zu bejahen sein, so insbesondere für das rheinische Rechtsgebiet, wie aus der Reichsgerichtsentscheidung unter 1 hervorgeht, aber auch in diesem Falle dürfte der Kläger das Recht auf Sicherheitsleistung haben. Hieraus geht schon hervor, daß die Frage ihre praktische Bedeutung einbüßen würde, wenn die Stadt oder der Nachbar, welche die Kanalisation (das Bauwerk) ausführt, in allen Fällen schadensersatzpflichtig wäre, auch wenn sie bei der Vornahme der Arbeit kein Verschulden trifft.

§ 8. Wie hat der Richter zu entscheiden? Einstweilige Verfügungen, Schadensersatz. Vollendung des Werkes. Prozeßkosten.

1) Der Richter kann die Fortsetzung des Baues a) gestatten, oder b) verbieten.

c) Der Richter kann die Fortsetzung des Baues gegen Sicherheitsleistung gestatten. Diese Sicherheitsleistung haftet zweifellos auch für den Schaden, welcher ohne Verschulden des Beklagten entsteht.

2) Einstweilige Verfügungen sind zulässig.

3) Wie ist zu entscheiden, wenn die Fortsetzung des Baues gestattet wurde, aber ein Schaden ohne Verschulden des Beklagten entstand? In diesem Fall haftet der Beklagte auch für den Schaden, dies folgt aus § 286 BGB. Durch die Klage ist der Beklagte in Verzug gesetzt, er haftet daher auch für zufälligen Schaden. Es würde sich fragen, ob auch eine außergerichtliche Mahnung dieselbe Wirkung habe, wie es nach römischem Recht der Fall war. Diese Frage dürfte zu verneinen sein; hierzu wäre eine positive Bestimmung nötig, wie im römischen Recht.

Deckt die auferlegte Sicherheitsleistung den entstandenen Schaden nicht, so gilt für das Mehr des Schadens das Vorhergesagte.

4) Sobald das Werk vollendet ist, erscheint obiger Rechtsbehelf nicht mehr zulässig. Der Geschädigte hat alsdann nur die Möglichkeit, seinen Schadensersatz aus dem aquilischen Gesetz, d. h. § 823 BGB. geltend zu machen, falls den Gegner ein Verschulden trifft.

5) Wer trägt die Kosten, wenn die städtische Kanalisation (Neubau, Abbruch) ohne Schaden des Nachbars vorüber geht? Alsdann hat der Beklagte die Kosten zu tragen. Gerade hier zeigt sich, daß die Bestimmung des römischen Rechts praktischer war, denn nach

römischem Recht war keine Klage notwendig, sondern es genügte ein außergerichtliches (mündliches) Verbot, um die Schadenspflicht zu begründen. Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann eine Stadt im Falle einer Kanalisation mit einstweiligen Verfügungen oder Klagen seitens der Anlieger überschüttet werden.

§ 9. Niederlegung eines Hauses aus einem Häuserblock bei geschlossener Bauweise.

Beispiele:

In einer Stadt wird in einer Häuserreihe ein Haus niedergelegt, um neu aufgebaut zu werden. Eine solche Handlung ist stets mit Gefahren verknüpft. Vielfach verordnet die Polizei Absperrungsmaßregeln. Es ist zu beachten, daß nach gemeinem Recht die Ausbauchung einer Mauer bis zu einem gewissen Grade gestattet war. Abgesehen hiervon, ist es gar nicht zu vermeiden, daß bei einer geschlossenen Bauweise die einzelnen Häuser eines Komplexes (Quadrates) sich gegenseitig eine gewisse Stütze verleihen, selbst wenn anfänglich jedes Haus für sich selbst bestehen konnte. Es ist auch nicht so einfach, bei einer geschlossenen Bauweise ein Haus so herauszunehmen, daß das andere Haus ganz unversehrt bleibt. Der Satz: jedes Haus muß für sich allein bestehen können, ist bei einer geschlossenen Bauweise, woselbst Haus an Haus fest aneinandergereiht sind, nicht durchzuführen. Das Bloßlegen der Fundamente birgt stets gewisse Gefahren in sich. Folglich werden durch das Herausbrechen eines einzelnen Hauses die beiden Nachbarn in ihrem ruhigen Besitz gestört, so daß manchmal die Polizei sogar die Räumung der Nachbarhäuser verfügt. Der Fall liegt also hier gerade so wie bei einer städtischen Kanalisation; eigentlich noch schlimmer. Wegen der Gefährdung haben die Nachbarn dieselben Rechtsbehelfe, wie sie für die städtische Kanalisation oben ausgeführt sind.

§ 10. In einer Gemarkung, welche dem Ackerbau dient, eröffnet ein Grundbesitzer auf seinem Grundstück einen Steinbruch. Darf er es senkrecht an der Grenze abgraben?

Durch ein solches Verfahren wird der Nachbar geschädigt, denn einmal kann er nicht mehr sein Grundstück bis zur Grenze bebauen, er kann praktisch nicht bis an die Grenze herantreten. Außerdem wächst an der Grenze wegen der Trockenheit auf einem Raum von

ca. $1/_2$ m kein Halm mehr. Auch in diesem Falle sind die unter 1 angeführten Rechtsbehelfe gegeben. Der Nachbar muß einen Schutzstreifen liegen lassen (vgl. LG. Zweibrücken in Puchelt, Zeitschr. 1901, 666—671, und Scherer, Kommentar Buch III S. 99 Nr. 182). Bei Wiesengründen besteht ein sogenannter Wiesenbann, d. h. der einzelne Grundeigentümer darf seine Wiesen nicht verändern, insbesondere nicht in Ackerland; noch weniger darf er einen Bau aufführen. Ebenso verhält es sich bei Waldungen. Hier besteht ein sogenannter Forstbann.

§ 11. Darf in einer Gemarkung, welche dem Landbau dient, ein einzelner Grundstückseigentümer auf seinem Grundstück einen großen Bau aufführen, und zwar so an der Grenze, daß der Bau seinen Schatten auf die Nachbargrundstücke wirft und dieselben in ihrer Ertragsfähigkeit hierdurch schädigt?

Es gilt das vorher Gesagte. Es wird sich aber hier weiter fragen, ob nicht das dauernde Werfen des Schattens als eine unerlaubte Einwirkung im Sinne des § 906 (ähnliche Einwirkungen) erscheint. Letztere Frage dürfte zu bejahen sein, so daß in diesen Fällen die Klage auch nach der Vollendung des Baues für die Zukunft zulässig erscheint und insbesondere die kurze Verjährung des § 864 ausgeschlossen ist.

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

16. Eintragung ausländischer Vornamen ins Geburtsregister.

Der Ingenieur C. in Gera hat zum Geburtsregister für seinen Sohn die Vornamen „Jean Noël Bodwin" angemeldet. Der Standesbeamte hat sie beanstandet, weil das Standesregister nach § 11 der Ausführungsverordnung zum Personenstandsgesetz vom 25. März 1899 in deutscher Sprache zu führen sei. C. hat Einwendung erhoben. Das Amtsgericht und das Landgericht haben nach dem § 11 die Vor-

namen „Jean“ und „Bodvin“ nur in der deutschen Form „Johann“ und „Bodwin“ und den Vornamen „Noël“, für den es keine deutsche Wortform gibt, überhaupt nicht für eintragbar gehalten. Der Senat hat ihren Standpunkt für die Namen Jean und Bodvin bestätigt. Dagegen den Standesbeamten angewiesen, die Eintragung des Vornamens Noël nicht zu beanstanden. Die Vorentscheidungen legen dem § 11 eine zu hohe Tragweite bei.

Zwei Fragen sind hier scharf zu scheiden:

1) welche Vornamen in Deutschland gewählt werden dürfen und

2) in welcher Sprachform ein gewählter Vorname ins Geburtsregister einzutragen ist.

Die erste Frage ist materiell-, die zweite formellrechtlich.

Die erste ist reichsgesetzlich nicht geregelt. Sie entscheidet sich daher nach öffentlichem Landesrecht.

Dagegen gelten für sie nicht etwa das Personenstandsgesetz und seine Ausführungsverordnung. Denn diese regeln nur die Standesregisterführung, enthalten also formelle Normen und treffen daher nicht die materielle Frage nach der Wahl der Vornamen.

In Reuß j. L. gibt es über diese Frage keine Bestimmung. Die Wahl ist daher grundsätzlich frei. Doch sind auch hier wie sonst allgemeinrechtliche Beschränkungen anzuerkennen, wie ein Verbot von Namen, die überhaupt keine Vornamen sind, sich in deutscher oder lateinischer Schrift nicht wiedergeben lassen, anstößig oder lächerlich wirken, gegen die guten Sitten, die staatliche Ordnung oder das religiöse Gefühl verstoßen.

Davon erfaßt keine Gattung fremde Vornamen an sich; vor allem bedeuten diese keinen Verstoß gegen die Sittlichkeit oder die staatliche Ordnung. Sie aber neben diesen Gattungen besonders noch zu verbieten, ginge zu weit.

Sie sind daher nach dem Grundsatz der freien Wahl an sich statthaft.

Wohl aber greift für das formelle Gebiet der Standesregisterführung jener § 11 beschränkend ein, indem er bestimmt, in welcher Sprachform ein gewählter Vorname einzutragen ist. Da er für die Standesregister die deutsche Sprache vorschreibt, so bedeutet das hier: der ausländische Vorname ist in der deutschen Sprachform einzutragen. Da aber ohne das Bestehen einer solchen Form die Anordnung unausführbar ist, so muß sie selbst voraussetzen, daß es überhaupt eine deutsche Sprachform gibt. Ist das aber nicht der Fall, so kann dies beim Grundsatz der freien Wahl nur die Folge haben, daß dann eben doch die ausländische Sprachform einzutragen ist. Wollte

man dagegen mit den Vorinstanzen schließen, der fremde Name wäre dann überhaupt nicht eintragbar, so würde man dem § 11 doch eine materielle Bedeutung beimessen und damit eine Tragweite, die er als formelle Norm nicht beanspruchen kann und will.

Ob diese Grundsätze auch für Ausländer gelten, ist hier nicht zu entscheiden, denn der Antragsteller ist bayrischer Staatsangehöriger, also Inländer.

Das Ergebnis hier deckt sich mit dem geltenden Brauch, denn rein ausländische Vornamen sind auch bei Deutschen nicht ganz selten. So unerfreulich auch bei einem Inländer vom völkischen und sprachlichen Standpunkte aus die Wahl eines fremdländischen Vornamens ist, so sind doch hier die völkischen und sprachlichen Interessen gewahrt soweit es die Rechtsordnung zurzeit nur irgend gestattet. Denn ausländischen Vornamen ist das Geburtsregister wenigstens insoweit verschlossen, als es für sie eine deutsche Sprachform gibt, und im übrigen ist zu beachten, daß sich die Wahl ausländischer Vornamen noch in bescheidenen Grenzen hält und daß auch die Gesetzgebung des Auslands fremdländische Namen grundsätzlich nicht zu verbieten scheint.

Für „Jean" und „Bodvin" gibt es die deutschen Sprachformen „Johann" und „Bodwin". Der Antrag, diese Namen in der fremden Form einzutragen, ist daher unbegründet. Dagegen sind die beiden Namen in der deutschen Form eintragbar.

Für „Noël" gibt es keine. Dieser Vorname ist daher in seiner ausländischen Form einzutragen.

Beschluß des ersten Zivilsenats vom 11. Oktober 1912. Y 21/12. (nach Gera).

17. Ueber den Begriff „persönliche" Fortsetzung der Erwerbstätigkeit im Sinne des § 811 Z. 5 ZPO.

Das Landgericht hat eine Universalmaschine des Schuldners für Holzbearbeitung und eine Kreissäge nach § 811 Z. 5 ZPO. für unpfändbar erklärt, weil er sie zwar durch Lehrlinge bedienen lasse, jedoch nur wegen Lähmung seines eigenen linken Armes.

Die weitere Beschwerde des Gläubigers rügt eine Verletzung des § 811 Z. 5, denn das Landgericht verkenne den Begriff „persönliche Fortsetzung der Erwerbstätigkeit".

Sie ist unbegründet. Grundsätzlich schützt zwar § 811 Z. 5 nur die Gegenstände, die der Meister zur eigenen, persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit bedarf, dagegen nicht die Maschinen, die er als

Unternehmer in seinem Gewerbebetrieb überhaupt und besonders zur Beschäftigung seiner Leute braucht. Hier aber liegt nicht der zweite, sondern ein Fall vor, der dem ersten gleichsteht. Denn der Schuldner bedient sich des Lehrlings nur zur Ergänzung seiner eigenen geminderten Arbeitsfähigkeit. Hier ist daher die Anleitung des Lehrlings an den Maschinen noch persönlicher als unter gewöhnlichen Verhältnissen und steht die Tätigkeit des Meisters selbst in noch näherer Beziehung zu den Maschinen als sonst zu den Arbeitsgeräten seiner Leute. Der Sachverhalt hier ist daher einem Fall persönlicher Fortsetzung der Erwerbstätigkeit gleichzustellen.

Das ist auch ein Gebot der Billigkeit, denn sonst gelangte man zu dem unsozialen Ergebnis, daß ein kranker Meister einen schwächeren Vollstreckungsschutz als ein gesunder genießen würde.

Auch § 811 Z. 6 führt zu einer weitherzigen Auslegung, denn er sieht die Fortführung des Geschäfts durch einen Stellvertreter vor; auch dort ist also das Unvermögen des Geschäftsinhabers, das Handwerk selbst auszuüben, aus besonderen Gründen der Billigkeit unschädlich.

Beschluß des ersten Zivilsenats vom 15. Oktober 1912. W. 194/12 (nach Eisenach).

18. Die Beschwerdebefugnis des Erbschaftssteueramtes nach § 20 FGG.

Ein gesetzlicher Miterbe, der zugleich testamentarischer Miterbe war, beantragte, ihm einen Erbschein auf der Grundlage der gesetzlichen Erbfolge auszustellen, denn das Testament sei ungültig, weil der Richter das Uebergabeprotokoll nicht unterschrieben habe.

Das Amtsgericht lehnte den Antrag ab, indem es die letztwillige Verfügung für gültig erklärte. Auf die Beschwerde des Antragstellers erachtete das Landgericht sie nach dem reußischen Gesetze vom 12. September 1879 über die Besetzung der Gerichtsbank in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für ungültig und wies das Amtsgericht an, den Erbschein nicht wegen Gültigkeit des Testaments zu verweigern.

Hiergegen erhob das Erbschaftssteueramt weitere Beschwerde, indem es eine unrichtige Anwendung des reußischen Gesetzes rügte. Der Senat führte über die Förmlichkeiten des Rechtsmittels aus: Das Erbschaftssteueramt ist nach §§ 29 Abs. 4, 20 FGG. zur Beschwerde befugt. Denn diese steht jedem zu, dessen Recht durch eine Verfügung beeinträchtigt wird. Bei Ungültigkeit des Testaments sind der Reichs- und

der Staatsfiskus wegen der Erbschaftssteuer beschwert. Das Erbschaftssteueramt ist berufen, ihr Interesse zu wahren. Der Steueranspruch des Fiskus ist ein „Recht" im Sinne des § 20 FGG., denn bei seiner weiten Fassung ist darunter jede Art von Recht zu verstehen, nicht nur ein privates, sondern auch ein öffentliches, daher auch das Recht des Staates aus dem Erbschaftssteuergesetz.

Der Beschluß des Landgerichts „beeinträchtigt" ferner dieses Recht, weil nach § 2365 BGB. für den Inhalt des Erbscheins die Vermutung der Richtigkeit streitet. Wenn sich diese auch grundsätzlich aufs Privatrecht beschränkt und das Erbschaftssteueramt nicht an den Erbschein gebunden ist, so könnte er doch in einem Rechtsstreit über die Erbschaftssteuer (§ 57 ErbschStG.) für die privatrechtliche Frage nach der Erbfolge beweiserheblich werden. Sein Dasein würde daher die Stellung des Fiskus erschweren. Schon darin liegt eine „Rechtsbeeinträchtigung" im Sinne des § 20 FGG.

Ein Beschwerderecht des Erbschaftssteueramtes ist auch praktisches Bedürfnis, denn im Beschwerdeverfahren können rasch und billig Sach- und Rechtslage geklärt und so Prozesse vermieden werden, ohne daß deswegen einem Rechtsstreit vorgegriffen wird.

Beschluß des ersten Zivilsenats vom 18. Oktober 1912, Y 23/12 (nach Gera).

19. Eine „Beeinträchtigung" im Sinne des § 84 ZVG. besteht nur dann, wenn sie auf einem Versagungsgrunde des § 83 Nr. 1—5 selbst beruht.

In einem Zwangsversteigerungsverfahren setzte das Amtsgericht den Versteigerungstermin auf den 19. August 1912 an. Die Terminsbestimmung sollte dem dritten Hypothekengläubiger zugestellt werden, er war aber nicht auffindbar. Darauf bestellte ihm das Amtsgericht einen Zustellungsvertreter. Dieser erhielt die Terminsbestimmung am 2. Juli 1912 ausgehändigt und bescheinigte das mit einem Aktenvermerk. Später gab der dritte Hypothekengläubiger seine richtige Adresse an und erhob gegen den Zuschlag sofortige Beschwerde mit der Begründung: der Zustellungsvertreter habe die Terminsbestimmung nicht ordnungsmäßig zugestellt erhalten.

Das Landgericht erkannte das an und hob den Zuschlag auf.

Dagegen führte der Ersteher weitere sofortige Beschwerde. Der Senat gab ihr statt. — Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Hypothekengläubigers stützte sich auf die §§ 100, 83 Nr. 1, 43 Abs. 2 ZVG. Danach ist der Zuschlag zu

versagen, wenn nicht 2 Wochen vor dem Versteigerungstermin allen Beteiligten, die schon bei seiner Anberaumung dem Gericht bekannt waren, die Terminsbestimmung zugestellt worden ist.

Tatsächlich ist sie hier dem Zustellungsvertreter nicht in der gesetzlichen Form zugestellt worden. Dabei war ihre Beobachtung an sich geboten, wenn die Zustellung rechtswirksam sein und die Frist des § 43 Abs. 2 wahren sollte.

Trotzdem aber kann dieser Verstoß hier nicht dazu führen, den Zuschlag zu versagen.

Denn die Beschwerde des Hypothekengläubigers hatte am § 84 ZVG. zu scheitern.

Danach hindern die Versagungsgründe des § 83 Nr. 1—5 dann nicht die Erteilung des Zuschlags, wenn das Recht des Beteiligten durch ihn nicht beeinträchtigt wird.

Eine „Beeinträchtigung" im Sinne dieser Bestimmung besteht aber nur dann, wenn sie auf dem Mangel selbst beruht, dagegen nicht, wenn die Rechtsveränderung auch ohne den Verstoß eingetreten wäre. Ein (relativer) Mangel kann also nur dann zur Versagung des Zuschlags führen, wenn er kausal für die durch den Zuschlag herbeigeführte Rechtsveränderung war, wenn gerade mit dem gerügten Mangel eine Beeinträchtigung des Beteiligten verbunden ist. Ein solcher Kausalzusammenhang ist hier jedoch zu verneinen. Denn der Zustellungsmangel hatte keinen Einfluß auf den Ausgang des Verfahrens. Der Zustellungsvertreter hatte die Terminsbestimmung tatsächlich erhalten, und zwar über zwei Wochen vor dem Versteigerungstermin. Ob er sie in gesetzmäßiger oder -widriger Form ausgehändigt erhalten hatte, war für das weitere Verfahren bedeutungslos. Denn wäre die gesetzliche Form eingehalten worden, so wäre das Grundstück ganz ebenso und mit demselben Ergebnis versteigert worden, wie es nach dem Zustellungsmangel geschehen ist. Bei einem ordnungsmäßigen Verfahren wäre also die Rechtslage des dritten Hypothekengläubigers dieselbe gewesen wie jetzt. Die formlose Zustellung hätte freilich an sich den Zustellungsvertreter bewegen können, im Bewußtsein der Rechtsungültigkeit der Zustellung die Schritte zu unterlassen, die ihm im Interesse des Hypothekengläubigers oblagen — die Ermittelung seiner Adresse und die Aushändigung der Schriftstücke; doch ein so arglistiges Verhalten des Zustellungsvertreters ist nach Lage der Verhältnisse hier, wie auch nach seiner eigenen Erklärung über seine Tätigkeit ausgeschlossen. Eine andere Wirkung des Zustellungsmangels auf die Rechtslage des Hypothekengläubigers ist aber nicht

denkbar, nachdem feststeht, daß der Zustellungsvertreter die Terminsbestimmung an sich fristgerecht erhalten hat. Bei dieser Sachlage ist eine durch den Zustellungsmangel veranlaßte Beeinträchtigung ausgeschlossen und daher trotz des Fehlers der Zuschlag nicht zu versagen.

Daß § 84 den hier entwickelten Kausalzusammenhang erfordert, nimmt der Senat in Uebereinstimmung mit den Kommentaren zum ZVG. an, ohne daß sonst Schrifttum oder Rechtsprechung entgegenzustehen scheinen.

Die Auslegung hier führt auch eine zu weite Berücksichtigung von Formvorschriften, die an sich gewiß gerade im Zwangsversteigerungsverfahren unentbehrlich sind, auf ein angemessenes Maß zurück, indem sie dem vernünftigen Grundsatz dient: Formvorschriften bestehen nicht um ihrer selbst willen.

Beschluß des 1. Zivilsenats vom 25. Oktober 1912, W 201/12 (nach Gera).

20. Unterbrechung der Verjährung nach § 12 des Brausteuergesetzes vom 7. Juni 1906.

Die klagende Brauerei schloß am 25. Februar 1907 mit einer anderen Brauerei einen Vertrag, wonach letztere mit der Klägerin vereinigt wurde; die Uebernahme der Kaufgegenstände sollte als mit dem 1. September 1906 erfolgt gelten. Am 26. April 1907 forderte das Steueramt die Klägerin auf, für die Zeit vom 1. September 1906 bis 31. März 1907 eine Nachsteuer von 2028 M. zu entrichten (§ 6 des Brausteuergesetzes vom 3. Juni 1906). Die Klägerin bezahlte die Nachsteuer am 4. Mai 1907 unter Vorbehalt der Rückforderung. Anfang November 1907 erhielt sie den Betrag auf ihre Vorstellungen hin wieder zurückgewährt. Am 26. September 1908 verlangte aber das Steueramt abermals auf die angegebene Zeit eine Nachsteuer von 345 M. unter Bezugnahme auf eine Verfügung des Generalzolldirektors in Erfurt vom 5. September 1908, durch die eine neue Staffelberechnung bei Vereinigung von Brauereien anbefohlen worden war. Am 6. Oktober 1908 bezahlte die Klägerin auch diese 345 M., behielt sich aber wiederum das Rückforderungsrecht vor und erhob, nachdem sie mit ihren Beschwerden vom Generalzolldirektor abschlägig beschieden worden war, gegen den Staatsfiskus Klage auf Rückgewähr. Sie machte geltend, die Nachforderung sei nach § 12 des Brausteuergesetzes verjährt. Das Landgericht verneinte die Verjährung, weil sie durch die von der Steuerbehörde angeordnete Zurückerstattung der

2028 M. unterbrochen worden sei, und wies deshalb die Klage ab. Das Berufungsgericht hob diese Entscheidung auf mit folgender Begründung:

Nach § 12 des Brausteuergesetzes vom 7. Juni 1906 verjähren Nachforderungen von Steuern innerhalb Jahresfrist, von dem Tage des Eintritts der Zahlungsverpflichtung an gerechnet. Die Begründung der Zahlungsverpflichtung und deren Fälligkeit richten sich nach §§ 6—8 des Brausteuergesetzes. Danach hat im vorliegenden Falle die Verjährung spätestens mit dem 26. April 1907 begonnen, dem Tage, an dem das Steueramt die Klägerin zur Zahlung der 2028 M. Nachsteuer für die Zeit vom 1. September 1906 bis zum 31. März 1907 aufgefordert hat. Die Verjährungszeit war mithin, als am 26. September 1908 das Steueramt abermals der Klägerin eine Nachsteuer von 345 M. abverlangte, bereits abgelaufen, es müßte denn inzwischen eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten gewesen sein. Das war aber nicht der Fall. Die am 4. Mai 1907 von der Klägerin bewirkte Zahlung der 2028 M. konnte, ganz abgesehen davon, daß sie um mehr als Jahresfrist hinter dem 26. September 1908 zurückliegt, auf den Lauf der Verjährung keinen Einfluß ausüben, weil sie nicht in Anerkennung des Bestehens einer Verpflichtung (§ 208 BGB.), sondern zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung unter ausdrücklichem Vorbehalt der Rückforderung erfolgt ist und weil überdies die Anerkennung des Schuldners mit Rücksicht darauf, daß sie im öffentlichen Abgaberechte weder an der rechtlichen noch an der tatsächlichen Lage etwas ändert, zur Unterbrechung der Verjährung überhaupt nicht geeignet ist (siehe Hirths Annalen des Deutschen Reichs, 1898, 214). Ebensowenig aber liegt eine Unterbrechungshandlung in der die Zurückerstattung der 2028 M. anordnenden Verfügung der Steuerbehörde vom 28. Oktober 1907 und in der daraufhin auch tatsächlich bewirkten Rückzahlung. Denn diese Verfügung und Zurückerstattung enthielten lediglich das Anerkenntnis der Steuerbehörde, daß die 2028 M. zu Unrecht angefordert und beigezogen worden seien. Selbstverständlich aber wird eine gegen den Zahlungspflichtigen laufende Verjährung nicht dadurch unterbrochen, daß der Forderungsberechtigte innerhalb der Verjährungsfrist anerkennt, überhaupt nichts zu fordern zu haben. Die Steuerbehörde kann, um dem Verjährungseinwand aus dem Wege zu gehen, auch nicht etwa geltend machen, daß sie irrtümlicherweise das schon Beigezogene wieder herausgegeben habe und daß der Steuerpflichtige auf diese Weise ungerechtfertigt bereichert worden sei; denn sie hat durch die Wiederherausgabe nur den Zustand wieder-

hergestellt, der bestanden haben würde, wenn sie die Klägerin nicht wider ihren Willen zur Zahlung gezwungen gehabt hätte. Ueberdies sind die 345 M. auch gar nicht verlangt und gezahlt worden in Erfüllung eines privatrechtlichen Bereicherungsanspruchs aus §§ 812 ff. BGB., sondern eines öffentlichrechtlichen Abgabeanspruchs.

Urteil des 1. Zivilsenats vom 6. Dezember 1912, U 160/12 (nach Weimar).

21. § 2 des Reichsgesetzes über die Abzahlungsgeschäfte. Was sind „infolge des Vertrags gemachte Aufwendungen"?

Der Beklagte kann die Kosten des Rücktransports des Karussells nach Gotha dann verlangen, wenn sie zu den infolge des Vertrags gemachten Aufwendungen gehören. Das ist der Fall. Die Kosten wären nicht entstanden, wenn der Kaufvertrag nicht geschlossen und erfüllt worden wäre. Sie sind daher eine Folge des Vertrags, wenn auch erst eine weitere Folge.

In der Literatur (vgl. Samter, Kommentar zum Reichsgesetz über die Abzahlungsgeschäfte Anm. 2 zu § 2 S. 36) wird zwar die Ansicht vertreten, daß Rücktransportkosten keine Aufwendungen wären, die infolge des Vertrags gemacht worden seien, vielmehr solche, die durch die Aufhebung des Vertrags entstanden seien. Damit wird aber der Begriff der infolge des Vertrags entstandenen Aufwendungen zu eng gefaßt. Er ist weiter als der der „Vertragskosten" in der ähnlichen Bestimmung, die in § 467 BGB. für die Wandlung gegeben ist: „Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen." Bei seiner Umgrenzung ist nicht nur auf den Vertragsschluß und weiter die Erfüllung des Vertrags zu sehen, sondern der Vertrag als wirtschaftliches Ganzes mit allen seinen Folgen, die er bringt, zu nehmen. Die Aufwendungen, die infolge des Vertragsverhältnisses, infolge der Beziehungen, in die die Parteien durch den Vertrag zueinander getreten sind, nötig geworden sind, sind zu ersetzen. Dazu gehören auch die Rücktransportkosten. Dafür läßt sich auch der in § 1 des Gesetzes ausgesprochene Grundgedanke des Gesetzes heranziehen. Der Rücktritt hat danach die Folge, daß das Vertragsverhältnis aufgelöst wird und der Zustand vor dem Vertragsschluß wiederhergestellt werden soll. Die Vertragsparteien haben einander ihre Leistungen zurückzugewähren. Wo die Rückgewährpflicht zu erfüllen ist, sagt das Gesetz nicht. Der Erfüllungsort ist nach § 269 BGB. zu bestimmen. Aus dem Grundgedanken des Gesetzes ergibt sich, daß

der Verkäufer durch die Rückgewähr in die Lage versetzt werden soll, ebenso wie vor dem Vertrag über den Kaufgegenstand zu verfügen. Dazu ist nun nicht unter allen Umständen nötig, daß dieser an den Ort, von dem er geliefert worden ist, zurückgebracht wird. Der Verkäufer wird sehr oft die Möglichkeit haben, über ihn dort, wo er sich beim Rücktritt vom Vertrag befindet, ebenso günstig oder günstiger zu verfügen. So hat ja auch hier der Beklagte den Versuch gemacht, das Karussell, ohne es erst nach Gotha zurückschaffen zu lassen, weiter zu verkaufen. Ist es aber nicht möglich, über den Kaufgegenstand an dem Ort, an dem er sich beim Rücktritt befindet, zu verfügen, dann muß ihn der Käufer dort zurückgeben, wo der Verkäufer sein Verfügungsrecht wie vor dem Vertrage ausüben kann. Nach den besonderen Umständen wird sich der Erfüllungsort danach verschieden bestimmen. Ist, wie hier, der Kaufgegenstand beim Rücktritt beschädigt und muß ausgebessert werden, so muß der Käufer seine Rückgewährpflicht dort erfüllen, wo die Ausbesserung vorgenommen werden kann. Auszubessern war das Karussell am besten in Gotha, hier konnte es der Beklagte am billigsten wieder herrichten lassen. In Gotha wurde er also in die Lage versetzt, über das Karussell wie vor dem Vertrage zu verfügen. Aus den Umständen ergibt sich demnach hier, daß die Rückgewährpflicht in Gotha zu erfüllen war und daß demgemäß die Transportkosten dem Kläger zur Last fallen müssen.

Wollte man die Kosten des Rücktransportes dem Beklagten auferlegen, so würde seine Lage ungünstiger, als sie vor dem Kauf war. Nun ist freilich klar, daß sich eben wegen der entstandenen Kosten die Lage beider Parteien nicht wieder so herstellen läßt, wie sie gewesen wäre, wenn der Kauf nicht geschlossen worden wäre. Die ungünstigere Lage aber muß den Käufer treffen, denn er ist an der Auflösung des Vertrags schuld. Deshalb wird ihm in § 2 des Gesetzes die Verpflichtung auferlegt, die infolge des Vertrags entstandenen Kosten zu tragen. Aehnlich führt das Reichsgericht (Entsch. 55, 105 ff., bes. S. 113) im Anschluß an § 467 BGB. aus, daß dem Grundsatz, wonach bei der Wandlung der Käufer die Vertragskosten zu tragen habe, entspreche, daß er auch die durch die Wandlung verursachten Kosten zu tragen habe. (Das Reichsgericht beurteilt allerdings in dieser Entscheidung die Rückgewährpflicht anders, sieht darin nur schlechthin die Verpflichtung, den Verkäufer in die Lage zu versetzen, über den Kaufgegenstand zu verfügen; es kommt deshalb zu der Ansicht, daß die Verpflichtung beim Käufer zu erfüllen sei. S. 112. 113. Im übrigen entsprechen aber seine Erwägungen den hier angestellten

nur mußten sie bei der Wandlung dem Käufer, hier aber dem Verkäufer günstig sein. Vgl. hierzu noch die bei Staudinger, BGB. [5/6]. Anm. V zu § 467 angeführten Entscheidungen.)

Urteil des 3. Zivilsenats vom 7. Dezember 1912, U 73/12 (nach Gotha).

22. Wirksamkeit der Verpfändung von Hypothekenforderungen im Konkurs des Verpfänders nach Weimarischem Recht (Art. VI EGzKO. n. F., Art. 189 EGzBGB., §§ 40, 12 KO. a. F. § 14 fg. EGzKO. a. F., §§ 3, 72 fg. des Weim. Pfandges. v. 6. Mai 1839).

Im August 1911 hat der Buchdrucker J. in St. dem Beklagten für ihm gewährte Darlehen als Sicherheit drei ihm zustehende hypothekarisch versicherte Forderungen verpfändet. Die verpfändeten Grundstücke liegen sämtlich in S. im Großherzogtum Sachsen-Weimar. Die Pfandurkunden sind dem Beklagten von J. übergeben worden. Die Hypothekenschuldner sind von J. von der Verpfändung nicht benachrichtigt worden, nur der Beklagte selbst hat diesen entsprechende Mitteilung gemacht; die Verpfändung ist im Hypothekenbuch nicht eingetragen worden. Am 14. September 1911 ist über das Vermögen J.s das Konkursverfahren eröffnet worden.

Der Beklagte hat wegen der ihm verpfändeten Hypothekenforderungen abgesonderte Befriedigung von dem Konkursverwalter, dem Kläger verlangt. Der Kläger bestreitet den Anspruch des Beklagten auf abgesonderte Befriedigung, weil die Verpfändung mangels einer ordnungsmäßigen Benachrichtigung der Pfandschuldner durch J. und mangels ihrer Eintragung in das Hypothekenbuch den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sei; er verlangt Feststellung, daß dem Beklagten ein Anspruch gegen die Hypothekenschuldner nicht zusteht, Einwilligung des Beklagten, daß die Hypothekenschuldner an ihn zahlen, und Herausgabe der Hypothekenurkunden an ihn.

Der Beklagte hat Widerklage erhoben, mit der er von dem Konkursverwalter ein Anerkenntnis dahin verlangt, daß ihm, dem Konkursverwalter, ein Recht auf Einziehung der verpfändeten Hypotheken nicht, wohl aber ihm, dem Beklagten, zustehe, und daß er, der Konkursverwalter, in gerichtliche Ueberschreibung dieser Hypotheken auf den Beklagten zu willigen habe. Er macht geltend, daß durch die Verpfändung im Verhältnis zwischen J. und Beklagtem Forderung und Pfandrecht auf den letzteren wirksam übergegangen sei und daß diesen Uebergang der Konkursverwalter als Rechtsnachfolger des Ge-

meinschuldners gegen sich gelten lassen, für den Beklagten zur vollen Durchführung bringen und insbesondere diesem das noch nicht erworbene dingliche Recht verschaffen müsse.

Das Landgericht hat unter Hinweis auf die Bestimmung in § 73 des Weim. Pfandgesetzes vom 6. Mai 1839, wonach durch jede gültige Uebertragung der Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dienen soll, ohne weiteres auch das Pfandrecht auf den Zessionar mit übergeht, die Klage abgewiesen und nach dem Widerklagantrage erkannt.

Das Oberlandesgericht hat der Klage aus folgenden Gründen stattgegeben.

Nach Art. VI EGzKO. vom 17. Mai 1898 bleiben in einem nach dem Inkrafttreten der neuen Konkursordnung eröffneten Konkursverfahren, soweit für ein Rechtsverhältnis die Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechts maßgebend sind, für das Rechtsverhältnis auch die Vorschriften des bisherigen Konkursrechts maßgebend.

Nach Art. 189 EGzBGB. erfolgt die Uebertragung oder Belastung des Rechts an einem Grundstücke auch nach dem Inkrafttreten des BGB. nach den bisherigen Gesetzen, bis das Grundbuch als angelegt anzusehen ist. Das letztere trifft für S. bisher nicht zu.

Bei der Verpfändung der Hypothekenforderungen J.s an den Beklagten handelt es sich um die Uebertragung oder Belastung des Rechts an einem Grundstücke, die Gültigkeit und Wirksamkeit dieser Verpfändung ist demnach nicht nur nach dem bisherigen Weimarischen Privatrecht, sondern auch nach dem vor dem 1. Januar 1900 geltenden Konkursrecht zu beurteilen.

Der Kläger verneint, daß dem Beklagten das Recht zustehe, aus den ihm verpfändeten Forderungen abgesonderte Befriedigung zu verlangen (§ 40 KO. a. F.). Es fragt sich also, ob der Beklagte an den ihm verpfändeten Forderungen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 l. c. erlangt hat.

Die §§ 14—17 EGzKO. vom 10. Februar 1877 bestimmen nur das Mindestmaß dessen, was für das Bestehen von Faustpfandrechten an Forderungen im Sinne von § 40 KO. a. F. verlangt wird, ohne welches ein, wenngleich sonst nach bürgerlichem Recht begründetes Pfandrecht keine Wirkung im Konkursfalle hat. Für die Entstehung eines mit den Wirkungen des § 40 l. c. ausgestatteten Pfandrechts müssen die außerdem nach dem bürgerlichen Recht not-

wendigen Voraussetzungen vorliegen, wie im § 16 EGzKO. a. F. ausdrücklich bestimmt ist.

Den reichsrechtlichen Anforderungen, wie sie § 15 EGzKO. a. F. für das Bestehen von Faustpfandrechten im Sinne von § 40 l. c. an Forderungen aufstellt, würde genügt sein. Denn es reicht aus, wenn eins der Erfordernisse der Nummern 1, 2, 3 des § 15 vorhanden ist, und es steht andererseits fest, daß J. die über die Forderungen ausgestellten Urkunden dem Beklagten als Pfandgläubiger ausgehändigt hat und daß der letztere sie auch jetzt noch hat (Nr. 2 des § 15 l. c.).

Es muß also nach § 16 EGzKO. a. F. geprüft werden, ob das Weimarische Landesrecht mehrere der in § 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse für das Entstehen eines im Sinne des § 40 KO. a. F. wirksamen Pfandrechts festsetzt.

Die landesrechtlichen Normen über die zur Entscheidung stehende Frage finden sich im Teil III des zweiten Abschnitts des Pfandgesetzes vom 6. Mai 1839. Zwar kennt das Gesetz dem Namen nach ein Faustpfandrecht an Forderungen nicht (§ 3 daselbst), sachlich aber bestimmt der § 80 verbunden mit § 84, was zur Begründung eines Faustpfandrechts im Sinne des § 40 KO. a. F., also zur Verpfändung einer Hypothekenforderung mit einer Wirksamkeit, die über die persönlichen Ansprüche des Pfandgläubigers an den Verpfänder hinaus sich erstreckt, erforderlich ist. Diese Wirksamkeit tritt, wie bei einer durch Faustpfand an einer beweglichen körperlichen Sache, so auch bei einer durch Hypothek versicherten Forderung nur erst durch die Benachrichtigung des Schuldners *gegen diesen*, und weiter *gegen Dritte* bei Faustpfändern durch die Uebertragung des Besitzes, bei Hypotheken aber durch Einzeichnen in das Hypothekenbuch ein. Schon an einer gültigen Benachrichtigung des Drittschuldners fehlt es im Streitfalle. Zwar bestimmt das Gesetz nicht ausdrücklich, in welcher Weise die Benachrichtigung erfolgen muß, um wirksam zu sein. Nach dem Zwecke des Gesetzes kann aber als eine gültige Benachrichtigung nur die angesehen werden, die der *Verpfänder selbst* oder der Pfandgläubiger unter *Vorlegung einer die Verpfändung bestätigenden Erklärung des Verpfänders* dem Drittschuldner gibt; eine Benachrichtigung des Pfandgläubigers, ohne daß er die Verpfändung nachweist, ist offenbar keine wirksame, der der Drittschuldner Glauben beizumessen hat. Nur eine Benachrichtigung der letzteren Art ist den Drittschuldnern erteilt worden.

Auch eine Einzeichnung der Verpfändung im Hypothekenbuch ist nach dem unstreitigen Sachverhalt nicht erfolgt.

Ueberdies bestimmt noch der § 12 KO. a. F., deren Bestimmungen nach dem oben Gesagten zur Anwendung zu bringen sind, ausdrücklich, daß Pfand- und Hypothekenrechte an Gegenständen der Konkursmasse, also auch an ihren Forderungen, nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden können, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist. Daraus allein folgt unmittelbar, daß der Widerklaganspruch insoweit unbegründet ist, als er von dem Konkursverwalter die Einwilligung in die gerichtliche Ueberschreibung der Hypotheken auf den Widerkläger verlangt. Weiter ergibt sich hieraus, daß der Klaganspruch begründet ist. Denn die Drittschuldner zahlen und brauchen nur zu zahlen gegen Einwilligung des Berechtigten in die Löschung der Hypothek. Diese Einwilligung in die Löschung der Hypothek kann der Beklagte nicht aussprechen, weil er im Hypothekenbuche nicht als Berechtigter eingezeichnet ist, sondern nur der Konkursverwalter. Infolgedessen muß der Beklagte dem Kläger auch die Hypothekenurkunden herausgeben, weil er sie nur in die Hand bekommen hat infolge eines Rechtsgeschäfts, welches wegen der inzwischen erfolgten Konkurseröffnung nicht zur Durchführung gekommen ist. Mangels eines dem Beklagten zustehenden Absonderungsanspruchs sind die verpfändeten Hypothekenforderungen der Konkursmasse zur freien Verwertung anheimgefallen, und es steht insbesondere dem Konkursverwalter das Recht zu, sie einzuziehen.

Urteil des 1. Zivilsenats vom 7. Januar 1913, U 188/12 (nach Weimar).

---

2. Strafrecht und Strafverfahren.

16. Die Vorschriften der Gewerbeordnung über Arzneien greifen nicht in die Medizinalverfassung der Einzelstaaten. Selbstdispensierrecht der Tierärzte in Gotha.

Der Angeklagte, Tierarzt in Gotha, hat an Ichtershäuser Einwohner, deren Kühe er an einer Scheidekrankheit behandelt hat, zur Heilung dieser Krankheit ein trockenes Gemenge abgegeben, das Zincum sulfuricum mit enthielt. Er hat hierfür eine besondere Vergütung nicht ausdrücklich berechnet, durch die Vergütung für ärztliche Behandlung war vielmehr die Lieferung des Heilmittels mit abgegolten. Es ist

wegen Abgabe des Mittels nach § 367³ StGB. in Verbindung mit § 1 Abs. 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901, betreffend den Verkehr mit Arzneimitteln, das Strafverfahren gegen ihn eingeleitet worden. Er hat zu seiner Verteidigung u. a. geltend gemacht, er wisse nicht anders, als daß den Tierärzten im Herzogtum Gotha eine derartige Abgabe von Arzneien gestattet sei. Das sei stets so gewesen und entspreche der Rechtsüberzeugung der beteiligten Kreise. Auch die Apotheker hätten es nie beanstandet. Die Anzeige habe ein Apotheker jetzt nur erstattet, weil er das Mittel nicht aus einer Apotheke, sondern aus einer Drogerie bezogen habe.

Er ist trotzdem verurteilt worden. Seine Revision verlangt Aufhebung des Urteils und ist auch begründet.

§ 367³ StGB. bestraft den, der ohne polizeiliche Erlaubnis Gifte oder Arzneien, soweit der Handel mit ihnen nicht freigegeben ist, verkauft oder sonst an andere überläßt.

Das Mittel des Angeklagten fällt unter § 1 Absatz 1 und Verzeichnis A Ziffer 4 der Kaiserlichen Verordnung, die ebenso auf Arzneien für Menschen, wie für Tiere anzuwenden ist. Auch der Tierarzt, der ein solches Mittel ohne polizeiliche Erlaubnis verkauft oder sonst an andere überläßt, macht sich strafbar.

Die polizeiliche Erlaubnis braucht nun nicht speziell zu sein, kann vielmehr allgemein auch für ganze Personenkreise erteilt sein (Olshausen, StGB. Anm. 3c zu Nr. 3 § 367). Die allgemeine Erlaubnis wiederum kann erfolgen durch eine Anordnung der Verwaltungsbehörde, ebenso aber auch durch Gesetz.

Ohne Rechtsirrtum verneint nun das Landgericht, daß die Bestimmung der Gewerbeordnung, auf der die Kaiserliche Verordnung beruht, die landesrechtlichen Vorschriften außer Kraft gesetzt hätte, die Aerzten und entsprechend auch Tierärzten die Abgabe von Arzneien gestatten.

Dem Arzt, der innerhalb der eigenen Praxis Heilmittel mit abgibt, ist diese Abgabe nicht Selbstzweck. Seine Tätigkeit ist darauf gerichtet, den Leidenden Hilfe zu bringen. Diesem Zweck dient er auch durch die Abgabe von Arzneimitteln, sie ist an sich ein Ausfluß seiner Tätigkeit als Arzt. Freilich führten die Privilegien, die den Apothekern den Verkehr mit Arzneimitteln vorbehielten, dazu, daß man auch den Aerzten ihre Abgabe nur nach besonderen Bestimmungen gestattete. Solche sind in den meisten deutschen Staaten erlassen worden. Man hat da den Aerzten unter den oder jenen Voraussetzungen, den Tierärzten allgemeiner die Führung von „Haus“- oder

„Reiseapotheken“ oder auch im übrigen das Selbstdispensieren gestattet (vgl. die Aufzählung der jetzt geltenden Bestimmungen für Aerzte bei Joachim Korn, Deutsches Aerzterecht, S. 294 fg., unrichtig allerdings für Sachsen-Coburg-Gotha, eine Medizinalordnung vom 2. Januar 1862 gibt es nicht; Bestimmungen für Tierärzte siehe bei Meißner, Kommentar zur Kaiserlichen Verordnung vom 22. Oktober 1901 S. 184). Insbesondere dem örtlichen Bedürfnis kam da die Landesgesetzgebung entgegen, es verlangt namentlich bei schlechten Verkehrsverhältnissen die Gestattung der Abgabe der Arznei durch die Aerzte. Eine generelle Regelung für das Reich ist da nicht am Platze, eine solche aber, die durch die Feststellung eines streng ausschließlichen Apothekenprivilegs das Dispensierrecht der Aerzte schlechthin beseitigen würde, folgerichtig also auch, soweit es mit Benutzung eigner „Haus“- oder „Reiseapotheken“ ausgeübt wird, würde oft trotz fortschreitender Besserung der Verkehrsverhältnisse berechtigten Interessen widersprechen. Die Gewerbeordnung will denn auch in diese Verhältnisse nicht eingreifen. Ihre Motive heben ausdrücklich hervor, die Landesgesetze über die Ausübung der Heilkunde müßten vorbehalten bleiben, und es könne nicht in der Absicht des Gesetzes liegen, in die Medizinalgesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten weiter einzugreifen, als es notwendig sei, um für das ärztliche und das Apothekergewerbe, wie in § 29 geschehen, die Freizügigkeit herzustellen (Anlage zu den Reichstagsverhandlungen 1869, 3. Band S. 112). Diese Absicht findet auch im Gesetz ihren Ausdruck. § 6 Absatz 1 sagt, daß die Gewerbeordnung auf den Verkauf von Arzneimitteln nur in den besonders bestimmten Fällen Anwendung findet, und wenn der Absatz 2 hinzufügt, durch Kaiserliche Verordnung solle bestimmt werden, welche Apothekerwaren dem freien Verkehr zu überlassen sind, so mag durch diese später eingefügte Bestimmung (Reichstagsprotokolle 1869 II, 1054) entgegen der ursprünglichen Absicht des Gesetzes in die Medizinalverhältnisse noch insofern eingegriffen sein, als es landesgesetzliche Privilegien der Apotheker für den Handel mit allen Apothekerwaren auf bestimmte Waren beschränkt (vgl. Entsch. des Kammergerichts vom 7. Mai 1900, Reger, Entscheidungen, 2. Ergänzungsband zu XI — XX S. 3), aber nichts spricht dafür, daß dadurch auch landesrechtliche Bestimmungen über das Selbstdispensieren der Aerzte aufgehoben worden sind. Auch die Kaiserliche Verordnung tut es nicht, wenn sie sagt, daß die Mittel außerhalb der Apotheken nicht feilgeboten oder verkauft werden dürfen. Die Verordnung kann und

will ja keine weitere Einschränkung schaffen, als das Gesetz, auf der sie beruht.

Die Gewerbeordnung und die Verordnung wollen eben nur den Handel mit Apothekerwaren zwischen Apothekern einerseits und zwischen Drogisten und sonstigen Gewerbetreibenden andererseits regeln. Aerzte aber sind nach dem innern und eigentlichen Wesen ihrer Tätigkeit überhaupt keine Gewerbetreibenden im Sinne der Gewerbeordnung (vgl. RGZ. 66, 145) und werden es auch nicht, wenn sie zur Heilung innerhalb ihrer Praxis Arzneien abgeben. Und das muß in gleicher Weise von Tierärzten gelten.

Bei der Abgabe von Arzneimitteln durch die gleichfalls sachkundigen Aerzte und Tierärzte besteht ja auch nicht die Gefahr für Menschen oder Tiere, wie sie die Abgabe durch Händler mit sich bringen würde, die keine Gewähr für hinreichende Sachkunde bieten. (Vgl. Landmann, Gewerbeordnung, 6. Auflage, Anm. 15 und 18 zu § 6; Stier-Somlo, Gewerbeordnung Anm. 14 zu § 6; Schicker, Gewerbeordnung Anm. 15 zu § 6 und Marcinowski, Gewerbeordnung Anm. 2 zu § 6; Meißner, a. a. O. u. S. 191, G. Meyer und Edg. Löning in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 3. Aufl. S. 210, Spalte 2; Stengel, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts S. 148 Spalte 1; Entscheidung des Oberlandesgerichts Colmar vom 21. Februar 1893, Reger, Entscheidungen 14, 298 und vom 19. Oktober 1897, Reger, Entscheidungen 18. 6.)

Es kann daher auch nicht anerkannt werden, daß der Verkehr mit Arzneimitteln eine Materie sei, die durch die Reichsgesetzgebung erschöpfend geregelt sei (§ 2 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch), so daß bei Beurteilung eines Straffalls die Berücksichtigung landesrechtlicher Bestimmungen in jeder Beziehung ausgeschlossen sei (vgl. allerdings u. a. Oppenhoff, StGB. Anm. 21 zu § 367[3]; Entscheidung des OLG. Dresden vom 23. August 1898, Sächs. Annalen 20, 13).

Die vom Landgericht angezogene Bestimmung in Kap. XVI Abt. I § 3 der Neuen Beyfugen zur Gothaischen Landesordnung S. 168 (Mandat vom 15. Januar 1750) hat nun offenbar, wenn sie Bestimmungen für die „Medici“ trifft, nicht auch Tierärzte im Auge, da es einen tierärztlichen Beruf damals im Herzogtum Gotha noch nicht gab (vgl. über die Entwickelung Löning in Conrads Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. 7, S. 1208), unbedenklich würden aber die Bestimmungen auf Tierärzte entsprechend anzuwenden

sein. Zu Unrecht rügt aber die Revision ihre Verletzung. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bestimmung, wonach die Aerzte ihre besonderen „arcana und specifica" selbst herstellen dürfen, wegen der schon vom Landgericht betonten Aenderung der ganzen Verhältnisse überhaupt noch gilt, jedenfalls verneint es ohne Rechtsirrtum ihre Anwendung auf den Angeklagten. Die Bestimmung verlangt ein dem Arzt eigentümliches Mittel. Das liegt aber nach den Feststellungen des Landgerichts nicht vor. Der Angeklagte hat das Mittel weder erfunden, noch in seiner Zusammensetzung allein gekannt.

Die Verordnung vom 25. Juli 1873, die Taxen der approbierten Medizinalpersonen usw. betreffend, GS. S. 69 fg., wieder aufgehoben durch § 4 der Verordnung, die Aufstellung einer Minimaltaxe für die approbierten Aerzte und Zahnärzte betr. vom 21. Dezember 1898 GS. S. 33, wollte nun gewiß kein Recht der Aerzte und Tierärzte auf die Abgabe von Arzneimitteln zu Heilzwecken einführen. Ihre gelegentlichen Bemerkungen in Ziffer 7 der „Allgemeinen Bestimmungen" über das „Selbstdispensieren der Arzneien" durch die Aerzte und in Lit. .B über die von den Tierärzten „verabreichten Medikamente" und die hierfür zu berechnenden Preise scheinen aber darauf hinzudeuten, daß der Verfasser der Verordnung davon ausgegangen ist, es bestehe ein Selbstdispensierrecht. Gesetzliche Bestimmungen, die es eingeführt haben könnten, fehlen, es kann sich also nur darum handeln, ob es sich nicht in der Tat, wie der Angeklagte geltend macht, infolge der Ueberzeugung der beteiligten Kreise durch Gewohnheit gebildet hat [1]). Nach allgemeinen Grundsätzen würde aber ein solches Gewohnheitsrecht dem Gesetzesrecht gleich stehen. Es würde durch Beiziehung behördlicher Auskünfte und Vernehmung geeigneter Personen zu prüfen sein, ob tatsächlich die Tierärzte im Herzogtum Gotha, überzeugt von ihrer Befugnis, seit langem unangefochten Arzneimittel innerhalb ihrer Praxis abgegeben haben, auch ohne ausdrückliche Genehmigung des Ministeriums, unter welchen etwaigen Voraussetzungen und Beschränkungen aber im übrigen.

An sich wäre es Sache des Revisionsgerichts, die Feststellung der Rechtsnorm selbst zu treffen, doch mußte es hiervon absehen. Auch wenn das Recht nicht besteht, oder doch unter Beschränkungen, die dem Angeklagten nicht gestatteten, es, wie geschehen auszuüben,

---

1) Vgl. dazu das aufgehobene Patent 19 vom 24. Dezember 1828 über die Einführung einer Medizinaltaxe am Schluß: „Da es sehr gebräuchlich ist, daß die Tierärzte die nötigen Arzneien selbst bereiten und abgeben" u. s. w.

ist noch die subjektive Seite des Falls zu prüfen. Der Angeklagte ist nur strafbar, wenn ihn ein Verschulden trifft. Nahm er etwa irrtümlich aber ohne Fahrlässigkeit an (§ 59 StGB., RGStr. 22, 198), es bestehe ein Recht, das ihm die Abgabe von Arzneien gestatte, so irrte er sich über eine verwaltungsrechtliche Bestimmung und würde dann straflos bleiben.

Urteil des 1. Strafsenats vom 15. Januar 1913, 4 S 122/12 (nach Gotha).

17. Das Recht, fremde Kinder zu züchtigen, als Ausfluß des öffentlichen Rechts. Das bei der Züchtigung einzuhaltende Maß.

Der 7-jährige Sohn des Angeklagten hatte sich weinend bei seinem Vater beschwert, der Sohn des Privatklägers — er ist ebenfalls 7 Jahre alt — wolle ihn schlagen. Der Angeklagte hatte darauf den Sohn des Privatklägers verwarnt. Trotzdem ist der Junge kurze Zeit darauf auf der Straße hinter einem Wagen hervorgesprungen und hat den Sohn des Angeklagten ein paar Mal ins Gesicht geschlagen. Er hat dann gleich wieder davonspringen wollen, ist aber hingefallen, und der hinzugesprungene Angeklagte hat ihn mit einer zusammengelegten Waschleine, die er gerade in der Hand hatte, zwei Schläge auf Rücken und Gesäß versetzt, so daß ein Striemen entstanden ist.

Das Landgericht hat den Angeklagten auf Grund dieser Feststellungen von der Anklage aus § 223 StGB. freigesprochen. Es meint, er sei berechtigt gewesen, den Jungen wegen seiner Ungezogenheit auf der Stelle selbst zu züchtigen in dem Maß, wie ein guter Hausvater das Züchtigungsrecht an seinen eigenen Kindern ausübt. Das Maß sei nach dem gebrauchten Werkzeug und den Folgen der Züchtigung nicht überschritten.

Zu Unrecht bezeichnet die Revision diese Ausführungen als irrig.

Gewiß gibt das Zivilrecht ausdrücklich nur den Eltern und sonstigen Gewalthabern das Züchtigungsrecht (§§ 1631, 1634, 1793, 1800 BGB.), aber eine weit verbreitete Praxis erkennt ein abgeleitetes Züchtigungsrecht an, erlaubt also Dritten, fremde Kinder zu züchtigen, wenn nach verständiger Ansicht eine alsbaldige Züchtigung am Platze ist, dem mutmaßlichen Willen des Vaters entspricht, der aber nicht zur Stelle ist (§ 677 BGB., vgl. z. B. Entscheidung des Oberlandesgerichts Naumburg vom 24. April 1909 in der Zeitung der

Anwaltskammer im Oberlandesgerichtsbezirk Naumburg 1909 S. 58 f.; Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden vom 27. Februar 1902 Sächs. OLG. 23, 202, desselben Gerichts vom 19. April 1908 Sächs. Arch. f. Rpfl. 1, 546).

Da freilich, wo die Umstände darauf hinweisen, daß der Vater dem Dritten das Züchtigungsrecht nicht übertragen haben würde, der Dritte auch hierüber nicht im Irrtum war, versagt die Konstruktion, will man nicht in der alsbaldigen Züchtigung eine Pflicht des Vaters sehen, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt, also trotz seines entgegenstehenden Willens vorgenommen werden muß (§ 679 BGB., Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Braunschweig vom 24. November 1903 in der DJZ., 1905, 752). Hier wäre Anlaß gegeben, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Bezeichnet doch der Zeuge des Schöffengerichts, der Lehrer L., als Grund zu den auch sonst hervorgetretenen Streitigkeiten zwischen den Kindern das Verhältnis zwischen den Eltern. Das spricht dagegen, daß der Privatkläger mit der Züchtigung des Kindes durch den Angeklagten einverstanden war oder der Angeklagte das glaubte. Aber man braucht den § 679 BGB. gar nicht heranzuziehen, kann vielmehr ein abgeleitetes Züchtigungsrecht überhaupt ablehnen, die Ansicht des Landgerichts ist trotzdem nicht irrig.

Wie der Senat in dem Urteil vom 4. Dezember 1912 gegen Meister wegen Körperverletzung — ThürBl. 60, 125 — näher dargelegt hat, besteht unter Umständen in Ergänzung des elterlichen Züchtigungsrechts ein Recht Dritter, fremde Kinder zu züchtigen, als Ausfluß des öffentlichen Rechts. Das ausschließliche Recht der Eltern auf Züchtigung muß zurücktreten gegen das Recht der Allgemeinheit auf Zucht und Ordnung, auch ihr entgegenstehender Wille verdient da keine Beachtung. Die Allgemeinheit bedarf dieses Rechts zu ihrem Schutz, ebenso wie zur Pflege der allgemeinen Wohlfahrt, für die die gute Erziehung der Jugend ein wesentliches Moment bildet. Und deshalb ist das Recht gerade in der jetzigen Volksüberzeugung tief begründet. Gerade heute, wo das Gemeinschaftsleben auch auf dem Gebiet der Erziehung die engen Schranken des Hauses mehr als seither durchbricht, ist es ihr zum Bedürfnis geworden. Es will aber nicht das Recht der Eltern beseitigen. Das Haus bleibt vor Eingriffen geschützt. Aber wo Kinder in der Oeffentlichkeit Zuchtlosigkeiten begehen, die das sittliche Empfinden jedes normal denkenden Menschen gröblichst verletzen und nach ihrem Gerechtigkeitsgefühl eine alsbaldige Sühne fordern, tritt das Recht der Allgemeinheit ein, und

jeder Volksgenosse darf züchtigen. So durfte auch der Angeklagte als Vertreter der Allgemeinheit den Sohn des Privatklägers züchtigen, der seinen Sohn unter seinen Augen auf öffentlicher Straße überfallen und mißhandelt hat, wiewohl er ihn eben erst verwarnt hatte. Gleichgültig ist es da, ob der Privatkläger damit einverstanden war oder nicht.

Zutreffend sagt das Landgericht, eine solche Züchtigung dürfe das Maß nicht überschreiten, in dem ein guter Hausvater, also ein verständiger Vater, das Züchtigungsrecht an seinen eigenen Kindern ausübt, und wenn es nach dem gebrauchten Werkzeug und den Folgen der Züchtigung feststellt, der Angeklagte habe das Maß nicht überschritten, so enthält es keinen Rechtsirrtum.

Urteil des 1. Strafsenats vom 21. Dezember 1912, V 43/12 (nach Gotha).

18. Sonntagsarbeit in Verkaufsständen auf Schützenfestplätzen. — §§ 41a, 42b, 55a, 105b, 139e, 139f, 146a GewO.

Der Angeklagte betreibt in der Stadt Meiningen eine Zigarrenhandlung und hat dazu dort ständig einen Laden inne. Während des Schützenfestes in Meiningen hatte er auf dem dortigen Schützenplatze einen Verkaufsstand für Zigarren und Zigaretten. Dazu hatte er vom Magistrat zu Meiningen schriftliche Erlaubnis erhalten. Der Erlaubnisschein enthielt die aufgedruckten Vermerke: „Die Bestimmungen des III. Titels der Gewerbeordnung sind zu beachten" und „Um Mitternacht ist Polizeistunde".

An den beiden Vogelschieß-Sonntagen hat er in diesem Verkaufsstande auf dem Schützenplatze seinen Lehrling länger als 10 Stunden und über 7½ Uhr abends hinaus beschäftigt.

Das Landgericht hat ihn hiernach mit Recht wegen Vergehens nach §§ 105b, 146a GewO. bestraft.

Nach § 105b Abs. 2 dürfen Gehilfen und Lehrlinge „im Handelsgewerbe" an Sonntagen in der Regel nur 5 Stunden beschäftigt werden. Ausnahmen hiervon können nur für die Adventssonntage und für solche einzelne Sonn- oder Festtage zugelassen werden, an denen örtliche Bedürfnisse einen erweiterten Geschäftsverkehr erforderlich machen; als solche mögen die Vogelschießsonntage in Betracht kommen. Für solche Sonntage kann „die Polizeibehörde" eine

Beschäftigung bis zu 10 Stunden zulassen (§ 105b Abs. 2 Satz 3). „Die Polizeibehörde" setzt auch fest, zu welchen Tagesstunden diese Beschäftigung von Gehilfen und Lehrlingen gestattet sein soll (§ 105 Abs. 2 Satz 4).

Welche Behörde unter der Bezeichnung „Polizeibehörde" zu verstehen ist, wird für jeden Bundesstaat von dessen Zentralbehörde bekannt gemacht (§ 155).

In Meiningen ist als „Polizeibehörde" zuständig:

a) für die Bestimmung, wieviele Stunden über 5 Stunden die Beschäftigung zulässig sein soll: Der Landrat (Ausschreiben des Herzoglichen Staatsministeriums, Abteilung des Innern, vom 31. Dezember 1904 — Samml. der Ausschreiben 13, 165 — Ziff. 5a und 54),

b) für die Bestimmung, während welcher Stunden (innerhalb der vom Landrat festgesetzten Höchstzahl der Stunden) die Beschäftigung stattfinden darf: in den Städten der Gemeindevorstand und nur in den Landorten ebenfalls der Landrat selbst (Ziff. 5c und 53 desselben Ausschreibens).

Der Landrat hat aber auch den Städten gegenüber die Befugnis, zu bestimmen, bis zu welcher Abendstunde die über 5 Stunden hinaus zugelassene Beschäftigungszeit längstens ausgedehnt werden darf. Er soll bedingen, daß die Stadtgemeindevorstände die Stunden für die ausnahmsweise ausgedehnte Beschäftigungszeit „in der Regel nicht über 7 Uhr, äußerstenfalls bis 8 Uhr" festsetzen (Ziff. 54 desselben Ausschreibens).

Hier hat der Landrat, wie das Landgericht ohne nähere Angabe festgestellt hat, die Bestimmung getroffen, daß die Beschäftigung von Gehilfen und Lehrlingen im Handelsgewerbe an den Vogelschießsonntagen zwar bis zur gesetzlichen Höchstdauer von 10 Stunden, nicht aber über $7^1/_2$ Uhr abends zulässig sein solle. Der Magistrat von Meiningen konnte daher die 10-stündige Beschäftigungszeit nicht in die Stunden über $7^1/_2$ Uhr hinaus legen.

Die in dem Urteile des Landgerichts fehlende Feststellung, ob und welche Bestimmungen der Magistrat erlassen hat, braucht daher für die Frage der objektiven Rechtswidrigkeit nicht erst noch nachgeholt zu werden.

Der Angeklagte handelte daher objektiv gesetzwidrig, wenn er seinen Lehrling über diese Stunde hinaus und auch schon, wenn er

ihn länger als 10 Stunden mit dem Verkaufen seiner Waren beschäftigte.

Er beruft sich zu Unrecht darauf, daß die Bestimmungen des § 105b für Verkaufsstände auf Vogelschießplätzen gar keine Geltung hätten; denn § 105b gelte nur für den „stehenden Gewerbebetrieb". Das ist unrichtig.

Einmal will § 105b, der ganz allgemein von der Beschäftigung „im Handelsgewerbe" spricht, damit zum Ausdruck bringen, daß er ausnahmslos jede Art des Betriebs des Handelsgewerbes treffen will. Schon die Begründung hob hervor, daß die Bestimmung sich auch auf den Hausierhandel beziehen solle (vgl. Landmann [6] Bem. 6b, c — Unterbuchstabe d —, 6e zu § 105b. Rohrscheidt [2] Bem. 15 zu § 105b). Es kommt also nichts darauf an, ob der Handelsgewerbebetrieb im ständigen Geschäftslokal oder ob zwar von dem Inhaber eines ständigen Geschäftslokals, aber außerhalb dieses Lokals, sei es innerhalb (§ 42) oder außerhalb (§ 44) des Gemeindebezirks oder ob er „im Umherziehen" ausgeübt wird, d. i. durch Nichteinheimische, die nirgends ein ständiges Geschäftslokal besitzen, außerhalb des Gemeindebezirks ihres Wohnorts (§ 55).

Sodann ist es aber auch gar nicht zutreffend, daß der Zigarrenhandel des Angeklagten auf dem Schützenplatze unter den Begriff des „Gewerbebetriebs im Umherziehen" fiele. Aus §§ 42, 44, 55 GewO. ergibt sich vielmehr, daß dieses Gesetz nur den Gewerbebetrieb als Gewerbetrieb im Umherziehen bezeichnet und behandelt, dessen Inhaber nirgends eine gewerbliche Niederlassung (Geschäftslokal) besitzt und das Gewerbe außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts ausübt (§ 55), und daß das Gesetz die Ausübung des Gewerbebetriebs eines Gewerbetreibenden, der ein dauerndes Geschäftslokal hat, innerhalb des Gemeindebezirks des Ortes, in dem er das Geschäftslokal hat (§ 42) und, soweit er sich auf das Aufkaufen von Waren und das Aufsuchen von Warenbestellungen beschränkt (§ 44), sogar auch außerhalb seines Gemeindebezirks lediglich als Ausübung eines „stehenden" Gewerbes betrachtet und behandelt, auch wenn das Gewerbe außerhalb des eigentlichen Geschäftslokals (Ladens), insbesondere auch wenn es auf öffentlichen Straßen, Plätzen usw. ausgeübt wird. Gerade deshalb hat es ja eben der besonderen Hervorhebung der Fälle des § 42b neben denen des § 55 in § 55a, in § 139e Abs. 4 und in § 139f Abs. 4 bedurft.

Für die eben erwähnte Art der Ausübung auf öffentlichen Straßen usw. hat die Gewerbeordnung allerdings besondere Bestimmungen getroffen (§§ 42a, 42b, 43), insbesondere auch über die Sonntagsruhe (§ 55a, soweit er auf § 42b hinweist).

Für diese Art der Ausübung stehenden Gewerbebetriebs, das Warenfeilbieten auf öffentlichen Straßen, Plätzen usw. ist nämlich die Sonntagsruhe anders geregelt, als für die Ausübung in einer Verkaufsstätte. In den offenen (dem Publikum zugänglichen) „Verkaufsstellen" ist der Gewerbebetrieb — mag er durch Angestellte oder mag er ohne solche durch den Inhaber selbst stattfinden — auch Sonntags gestattet, aber nur in den Stunden, in denen nach § 105b Gehilfen, Lehrlinge und Arbeiter beschäftigt werden dürfen (§ 41a). Auf den öffentlichen Straßen, Plätzen usw. dagegen darf auch der einheimische Inhaber eines stehenden Gewerbes oder sein Angestellter (ebenso wie der nicht einheimische, in fremden Orten umherziehende) des Sonntags, also auch an Vogelschießsonntagen, grundsätzlich überhaupt nicht Waren feilbieten (§ 55a Abs. 1 mit § 42b Abs. 1 Nr. 1). Nur soweit die „untere Verwaltungsbehörde" Ausnahmen zuläßt, ist ein solcher Geschäftsbetrieb an öffentlichen Orten des Sonntags erlaubt. Die untere Verwaltungsbehörde ist bei der Zulassung von solchen Ausnahmen reichsgesetzlich allerdings nicht an die Stunden gebunden, in denen nach § 105b die Beschäftigung von Hilfspersonen (Gehilfen, Lehrlingen, Arbeitern) erlaubt ist. Die reichsgesetzliche Regelung ist hier anders als beim Abend-Ladenschluß (§ 139e Abs. 4, § 139f Abs. 4). Auch landesrechtlich besteht keine solche Schranke. Nach Ziff. 3c und 56 des erwähnten Ausschreibens ist für den Gemeindebezirk Meiningen der dortige Magistrat die zuständige „untere Verwaltungsbehörde" im Sinne von § 55a Abs. 2 GewO. Es heißt in Ziff. 56: „Zu § 55a: Die unteren Verwaltungsbehörden (in den Städten die Gemeindevorstände, in den Landorten der Landrat) werden ermächtigt, das Feilbieten von Waren auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen und anderen öffentlichen Orten oder von Haus zu Haus an Sonn- und Festtagen in folgendem Umfange zuzulassen:

a) das Feilbieten von Eßwaren, insoweit es bisher schon ortsüblich war, bis zum Beginn der wegen des Hauptgottesdienstes für die Beschäftigung im Handelsgewerbe festgesetzten Unterbrechung,

b) das Feilbieten von Milch während der für den stehenden Milchhandel freigegebenen Zeit,

c) das Feilbieten von Eßwaren, Blumen, geringwertigen Gebrauchsgegenständen, Erinnerungszeichen und ähnlichen Gegenständen bei öffentlichen Festen, Truppenzusammenziehungen oder sonstigen außergewöhnlichen Gelegenheiten.

„In den Fällen unter c darf das Feilbieten während des Hauptgottesdienstes nicht zugelassen und im übrigen auf einzelne Stunden beschränkt werden."

Ob unter den „ähnlichen Gegenständen" nur solche zu verstehen sind, die den Erinnerungszeichen, vielleicht auch den geringwertigen Gebrauchsgegenständen „ähnlich" sind oder ob als „ähnliche Gegenstände" neben den Eßwaren und Blumen auch andere Verbrauchsgegenstände, wie Zigarren, Zigaretten zugelassen werden dürfen, ist nicht unzweifelhaft. Es ist auch nicht klar gesagt, welche andere Behörde neben dem so beschränkten Gemeindevorstande oder Landrate über den in Ziff. 56 gegebenen Rahmen hinaus zur eigenen Entschließung über Zulassung von Ausnahmen nach § 55a als „untere Verwaltungsbehörde" zuständig ist.

Unterstellt man aber auch, für den Handel mit Zigarren und Zigaretten sei der Magistrat ermächtigt, von dem gesetzlichen Verbot des sonntäglichen Straßenhandels Ausnahmen für das Schützenfest zuzulassen, so würde in dem dem Angeklagten ausgestellten Erlaubnisschein eine solche Erlaubnis enthalten sein. Denn eine Ausnahme nach § 55a Abs. 2 kann auch einem einzelnen durch besonderes Schriftstück — also ohne Veröffentlichung — bewilligt werden, und der Schein gilt seiner Fassung nach auch für die beiden Vogelschießsonntage und setzt als „Polizeistunde" ausnahmslos die Mitternachtsstunde fest. Für das Verkaufen und Feilbieten von Waren (Zigarren) schränkt sich diese Erlaubnis freilich gesetzlich gleichwohl auf spätestens 8, 9 oder doch 10 Uhr ein, da § 139e Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4, § 139f Abs. 1, 4, Ausschreiben Ziff. 122 nicht minder wie für Werktage erst recht auch für Sonntage gilt.

Damit wäre dem Angeklagten — immer vorausgesetzt, daß sein Geschäftsbetrieb überhaupt als Straßenhandel im Sinne des § 42b angesehen werden kann — zwar bis Mitternacht oder doch 8, 9 oder 10 Uhr der Verkauf seiner Waren erlaubt gewesen. Aber es fragt sich dann weiter, ob damit auch das Verbot der Beschäftigung von Gehilfen, Lehrlingen und Arbeitern aufgehoben war. Die vom Angeklagten vertretene Ansicht, daß die Erlaubnis zum Warenfeilbieten

auch zugleich die Erlaubnis zur Beschäftigung von Hilfspersonen in sich schließe, wird allerdings neuerdings auch von dem Kommentar von Landmann (6), Bem. 6 zu § 55a GewO. (im Gegensatz zu seiner 4. Aufl. 1, 455; 2, 35) vertreten. Er meint, der Absicht des Gesetzgebers entspreche es mehr, die Geltung des § 105b für die Fälle des § 55a Abs. 2 auszuschließen, weil sonst der Zweck der in § 55a Abs. 2 zugelassenen Ausnahmebestimmungen in manchen Fällen nicht oder nur auf dem Umwege des § 105e erreicht werden könnte. Dagegen wird aber die Auffassung vertreten (Kammergericht, 2. August 1894 bei Reger 16, 138; Schenkel, GewO., 428, Dr. Rohmer in Landmanns 4. Aufl. s. oben), daß sich die Frage, inwieweit die Beschäftigung der gewerblichen Hilfspersonen an Sonntagen zulässig ist, in allen Fällen nach den allgemein gefaßten Bestimmungen des § 105b beantworte. Dafür läßt sich geltend machen, daß die Gewerbeordnung auch sonst nur teilweise den Betrieb des Gewerbes überhaupt, insbesondere die eigene Tätigkeit des Geschäftsinhabers, denselben Beschränkungen mit unterwirft, wie die Beschäftigung von Gehilfen usw. Sie verbietet dem Geschäftsinhaber persönlich nicht, an Sonntagen über 5 Stunden oder bei Nacht auf seinem Kontor oder Warenlager zu arbeiten, verbietet dies vielmehr nur für die Gehilfen usw. Und wo sie auch die Tätigkeit des Inhabers mitverbieten will, tut sie dies durch besandere, ausdrückliche Vorschrift, wie z. B. § 41a (auch § 139e). Deshalb wird man daraus, daß ein Straßenhandel am Sonntage zugelassen worden, also dem Geschäftsinhaber gestattet ist, nicht mit Notwendigkeit zu schließen haben, daß auch die Beschäftigung von Hilfspersonen in solchen Geschäftsbetrieben des Sonntags erlaubt sein müsse. Diese Beurteilung würde übrigens auch für die nicht in Meiningen wohnenden Händler auf dem Schützenplatze platzzugreifen haben, die ebenfalls unter § 55a fallen, so daß der Einwand des Angeklagten, es würden durch solche Auslegung die einheimischen Händler schlechter gestellt als die auswärtigen, nicht zutreffen kann.

Das Oberlandesgericht braucht indes zu der Frage, ob die Ausnahmen nach § 55a Abs. 2 auch eine Erlaubnis zur Leutebeschäftigung in sich schließen, nicht endgültig Stellung zu nehmen. Denn nach dem, was das Landgericht über die Art und Weise der Gewerbeausübung hier festgestellt hat, kommt ein Fall des § 42b und damit des § 55a nicht in Frage: es handelt sich nicht um sogenannten Straßenhandel, um ein Warenfeilbieten auf öffentlichen Wegen, Straßen,

Plätzen oder anderen öffentlichen Orten, sondern um einen Geschäftsbetrieb in einer festen „Verkaufsstelle". § 42b hat den Fall im Auge, daß der Händler umhergeht, an das Publikum herantritt, ihm so die Ware anbietet. Wenn dagegen der Händler einen ganz bestimmten, nicht wechselnden Platz eingenommen hat und das Publikum zu sich herankommen läßt, so handelt es sich um eine ständige, feste (offene, d. h. jedermann zugängliche) „Verkaufsstelle". Eine solche fällt, auch wenn sie noch so primitiv eingerichtet ist, nicht unter § 42b, sondern unter § 41a. Diesen Standpunkt hat die Rechtsprechung z. B. für die Benutzung eines Hausflurs, eines Tisches, eines unbespannten, als Verkaufsstand aufgestellten Wagens eingenommen Kammergericht 2. März 1896; 28. Dezember 1898 in Reger 17, 14; 19, 396; bayer. oberst. Landesgericht 1. Februar 1906 in Reger 27, 207); auch Buden, wie Marktbuden, sind ebenso zu beurteilen, soweit sie nicht, wenn sie nämlich zur Marktzeit auf einer Marktstätte aufgestellt sind, nach den besonderen Gesetzesbestimmungen über den Marktverkehr zu beurteilen sind (Landmann [6], Bem. 2d zu § 41a). Wenn also das Landgericht feststellt, daß der Angeklagte einen „Verkaufsstand" für Zigarren und Zigaretten hatte, „in" dem er seinen Lehrling beschäftigte, so ist es nicht rechtsirrig, wenn es diesen Verkaufsstand als eine offene Verkaufsstelle beurteilt hat, auch dann nicht, wenn der Verkaufsstand nur zur vorübergehenden Benutzung — d. h. hier auf die Dauer des Schützenfestes — errichtet war. Es genügt, daß die Verkaufsstelle eine ständige, feste, in dem Sinne ist, daß der Feilbietende seinen Stand während des Feilbietens nicht wechselt, sondern das Feilhalten nur auf einer einzigen bestimmten Stätte geschieht, die ihrer Einrichtung nach auf ein Festhalten an dem einmal angenommenen Standorte hindeutet. Fällt also die Gewerbeausübung des Angeklagten nicht unter § 42b, so kann eine ausnahmsweise Erlaubnis nach § 55a Abs. 2 für ihn nicht in Frage kommen und damit auch keine, in einer solchen Ausnahmebewilligung etwa enthaltene Ermächtigung zur entsprechend dauernden Beschäftigung seines Lehrlings.

Nach der Feststellung des Landgerichts hat der Angeklagte seinen Lehrling über 10 Stunden und über 7½ Uhr abends hinaus in dem Verkaufsstande auf dem Schützenplatze beschäftigt. Damit hat er also nicht nur gegen das Verbot der sonntäglichen Beschäftigung seines Lehrlings (§ 105b), sondern zugleich auch gegen § 41a GewO. verstoßen, der verbietet, daß an Sonntagen in offenen Verkaufsstellen überhaupt ein Gewerbebetrieb außerhalb der Stunden stattfindet, in

denen Hilfspersonen beschäftigt werden dürfen. Er kann sich nicht etwa darauf berufen, daß eine Verletzung des § 105 b nicht vorliege, weil dann auch eine Zuwiderhandlung gegen § 41 a angenommen werden müßte, dies aber unmöglich sei, wenn man nicht die auswärtigen Händler vor den einheimischen bevorzugen wollte. Daß dies nicht der Fall ist, wenn man den Ausnahmen nach § 55 a Abs. 2 keine Bedeutung für die Beschäftigung von Gehilfen usw. beimißt, ist schon ausgeführt; anderenfalls aber hätte die Verschiedenheit eben ihre gesetzliche Grundlage in der absichtlich gesonderten gesetzgeberischen Behandlung des Gewerbebetriebs im Umherziehen (§ 55) und des seßhaften Gewerbebetriebs außerhalb des Geschäftslokals (§§ 42 ff.); sie besteht überdies auch nur, wo die untere Verwaltungsbehörde auf Grund des § 55 a Abs. 2 den auswärtigen Händlern an Sonntagen etwa weitergehende Freiheiten einräumt, als nach § 105 b, § 41 a den einheimischen Händlern zustehen. Jedenfalls trifft es nicht zu, daß der Verkaufsstand des Angeklagten nicht unter § 41 a fiele. Eine andere Strafvorschrift kommt für die Mitübertretung des § 41 a allerdings nicht noch mit in Frage, da beide Verstöße in demselben § 146 a mit Strafe bedroht sind.

Die Strafbarkeit hängt davon ab, ob den Angeklagten bei diesen Verstößen ein Verschulden trifft. Nach der herrschenden Meinung (Landmann [6] Bem. 2 zu § 146 a) genügt schon Fahrlässigkeit das ergibt sich jetzt auch aus den neuen Abs. 2 des § 146 a, der die Vorsätzlichkeit nur als besondere Voraussetzung der Strafverschärfung beim Rückfalle aufstellt, und entspricht auch dem polizeilichen Charakter der Vorschriften über die Sonntagsruhe.

Die Fahrlässigkeit könnte hier nur deshalb verneint werden, weil der Angeklagte das Verbot nicht gekannt, an eine längere Erlaubnis geglaubt habe. Denn die Tatsache selbst, daß der Lehrling an den beiden Sonntagen je länger als 10 Stunden und über $7^1/_2$ Uhr abends hinaus für ihn mit dem Feilhalten beschäftigt war, war dem Angeklagten bekannt; das Landgericht stellt hierzu fest, daß diese Beschäftigung des Lehrlings an beiden Sonntagen auf einem einheitlichen, von vornherein gefaßten „Entschlusse" des Angeklagten beruhe. Nimmt man nun weiter an, daß der irrige Glaube des Angeklagten über den Inhalt der Vorschriften der Gewerbeordnung und des Ministerialausschreibens ein Irrtum über Bestandteile des Strafgesetzes sei und als solcher ihn überhaupt nicht entschuldigen könne (bayer. oberst. Landesgericht 5. November 1903; 1. Februar 1906 bei Reger 24, 277; 27, 207; Landmann [6], Bem. 2 zu § 146 a), so wäre

schon mit dem Vorsatze über die Dauer der Beschäftigung das Verschulden des Angeklagten hinreichend festgestellt. Ist man jedoch der milderen Auffassung, daß es den Angeklagten entschuldigt, wenn er durch eine behördliche Erlaubnis in den Irrtum versetzt war, daß die Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit ihm den Geschäftsbetrieb genehmigt habe, so mag noch zu prüfen bleiben, ob der Magistrat durch die Angabe in dem Erlaubnisschein, daß die Mitternachtsstunde Polizeistunde sei, bei deren Ueberschreitung die Erlaubnis zurückgezogen werden würde, in dem Angeklagten den Glauben erweckt hat, er habe die gesetzmäßige Erlaubnis, bis 12 Uhr seinen Handel zu betreiben und ebenso lange auch seinen Lehrling damit zu beschäftigen. Es mag nun sein, daß der Angeklagte sich auf die Festsetzung der Stunden durch den Magistrat verlassen durfte, da die Gestattung einer längeren Beschäftigungsdauer, die der Landrat ausspricht, sich zunächst nur als Erteilung einer Ermächtigung an die Gemeindevorstände darstellt, die nun selbst erst dem Publikum gegenüber die Stunden daraufhin näher feststellen und dabei für jeden Handelszweig besondere Stunden feststellen dürfen (§ 105 b Abs. 2, Ende). Insoweit kann man also dem Landgericht nicht ohne weiteres darin beitreten, daß dem Angeklagten schon aus der Verfügung des Landrats hätte bekannt sein sollen, daß die Stunden nicht über $7^1/_2$ Uhr abends gelegt werden durften; das Urteil stellt ja gar nicht fest, ob die Verfügung des Landrats überhaupt öffentlich bekannt gemacht war. Aber aus dem Gesetze selbst hätte allerdings dem Angeklagten als Handeltreibendem bekannt sein müssen, daß im Handelsgewerbe die Sonntagsarbeitszeit der Lehrlinge — von Notfällen und anderen für Zigarrenhandel nicht zutreffenden Gründen (§§ 105 f, 105 e) abgesehen — keinesfalls über 10 Stunden hinaus vom Landrat oder Magistrat erlaubt werden darf (§ 105 b Abs. 2). Er muß dafür sorgen, daß ihm die für sein Gewerbe geltenden Vorschriften bekannt sind und daß sie in seinem Betriebe gehörig befolgt werden. Er kann sich daher auch nicht darauf berufen, daß nach seiner Ansicht § 105 b auf seinen Verkaufsstand keine Anwendung finden könne, weil es sich dabei nach seiner Ansicht nicht um den Betrieb eines „stehenden“ Gewerbes handele. Insoweit liegt in dem Irrtum über § 105 b auch ein Irrtum über das auf § 105 b verweisende Strafgesetz (§ 146 a) vor, der ihn nicht entschuldigen kann. Dasselbe gilt von seiner Annahme, daß sein Verkaufsstand keine „Verkaufsstelle“ im Sinne der §§ 41 a, 146 a sei, und daß für diesen daher die Beschränkung auf höchstens 10-stündigen Betrieb nicht gelte. Er ist also jedenfalls insoweit schuldig, als er

wissentlich **länger als 10 Stunden** Sonntags den Lehrling beschäftigt und in seinem Verkaufsstande Gewerbebetrieb hat stattfinden lassen. Es bedarf daher nicht noch der Untersuchung, ob ihm eine Fahrlässigkeit auch insoweit zur Last fällt, als er die Beschäftigung und den Betrieb über $7\frac{1}{2}$ **Uhr** abends hat stattfinden lassen. Denn schon die Ueberschreitung der Dauer von 10 Stunden rechtfertigt die Bestrafung.

Urteil des 1. Strafsenats vom 29. Januar 1913, S 8/13 (nach Meiningen).

19. **Umfang des Verordnungsrechts des Landesherrn in Reuß ä. L., besonders seine Befugnis, Verordnungen polizeilichen Inhalts zu erlassen. — Gültigkeit der Verordnung über das Tanzwesen vom 31. Januar 1912. — Das Verbot der Erhebung eines Eintritts- oder Tanzgeldes (§ 10 der Verordnung) greift nicht in die Vereinsfreiheit ein.**

Die Revision beruft sich darauf, daß die Verordnung über das Tanzwesen vom 31. Januar 1912, die im Namen des Fürsten vom Regenten erlassen ist, ungültig sei, weil der Landesherr das Tanzwesen nicht durch Verordnung regeln könne, sondern nur durch Gesetz mit Zustimmung des Landtags. Das ist unrichtig.

Nach §§ 62, 66 der Verfassung vom 28. März 1867 steht der Landesvertretung die Mitwirkung bei der Gesetzgebung zu. Unter Gesetz sind dabei alle allgemeinen, die Untertanen verpflichtenden Rechtsvorschriften verstanden (Gesetz im materiellen Sinne), der Landesherr kann daher darüber grundsätzlich Verordnungen nicht mehr erlassen (vgl. Meyer-Anschütz, Staatsrecht [6] §§ 157, 159, S. 560 ff., 573, 574); Rosin, Polizeiverordnungsrecht [2] 32 ff.); Laband, Staatsrecht [5] 2, 89). Das zeigt sich auch in der Regelung des Notverordnungsrechts (§ 67 Abs. 2 der Verfassung). Hätte er ein allgemeines Verordnungsrecht, vor allem auf Gebieten, die noch nicht gesetzlich — mit Zustimmung des Landtags — geregelt sind (vgl. § 66 Satz 3 der Verfassung) so müßte das Notverordnungsrecht ganz anders gestaltet sein. als es in § 67 Abs. 2 geschehen ist. Nun ist ihm aber — abgesehen von dem Notverordnungsrecht, das hier nicht weiter in Betracht kommt — nach § 67 Abs. 1 der Verfassung ein begrenztes Verordnungsrecht eingeräumt, er hat danach die zur Vollziehung und Handhabung der Gesetze erforderlichen und die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrecht fließenden Verfügungen und Verord-

nungen zu erlassen. Es fragt sich, ob die Verordnung über das Tanzwesen darunter fällt, und wenn dies nicht der Fall ist, ob dem Landesherrn nicht ein weiteres Verordnungsrecht zusteht.

Die Verordnung über das Tanzwesen ist jedenfalls keine Ausführungsverordnung, dient nicht zur Vollziehung oder Handhabung eines Gesetzes. Wohl aber läßt sich mit dem Landgericht die Meinung vertreten, daß sie aus dem Verwaltungsrecht fließe. Freilich ist sie keine eigentliche Verwaltungsverordnung, die sich auf die Tätigkeit und Gliederung der Verwaltungsbehörden bezieht (Meyer-Anschütz S. 571; Laband S. 180 ff.), sondern eine Rechtsverordnung, die sich an die Untertanen selbst wendet, in deren Verhältnisse unmittelbar eingreift (Meyer-Anschütz S. 573). Sie ist eine Rechtsverordnung polizeilichen Charakters, wenigstens soweit sie hier interessiert, daneben befaßt sie sich noch mit Abgaben von Tänzen. Das Polizeiverordnungsrecht ist in Reuß ä. L. nicht ausdrücklich geregelt, trotzdem ist es aber den Polizeibehörden zuzusprechen. Denn keine Polizei kann ihre Obliegenheiten richtig erfüllen, wenn sie nicht das Verordnungsrecht hat, sie bedarf allgemeiner Vorschriften, die sich den örtlich und zeitlich verschiedenen Bedürfnissen leicht anpassen können. Deshalb hat sich das Polizeiverordnungsrecht auch allgemein entwickelt (vgl. Meyer-Anschütz S. 575; Thür. Bl. 48, 242; Schulze, Preußisches Staatsrecht 2, 530—532). Man kann es für Reuß ä. L. nicht durch einen Hinweis auf die §§ 25, 29, 30 der Verfassung ablehnen, wonach die Freiheit und das Eigentum der Untertanen unverletzlich und Eingriffe nur durch Gesetze zugelassen sind. Aehnliche Bestimmungen finden sich auch in den Verfassungen anderer Staaten (vgl. § 201 des S.-Altenb. Grundgesetzes vom 29. April 1831, Art. 85 des Meining. vom 23. August 1829), sie schließen aber ein Polizeiverordnungsrecht nicht aus. Denn das Polizeiverordnungsrecht sollte in diesen Staaten nicht beseitigt werden, und Polizeiverordnungen berühren ihrem Wesen nach Freiheit und Eigentum der Untertanen (vgl. Thür. Bl. 54, 123, 124; 51, 231). Auch für Reuß ä. L. sollte damit das Polizeiverordnungsrecht nicht ausgeschlossen werden, es ist auch nach Einführung der Verfassung gehandhabt worden, besonders auch beim Tanzwesen, über das in den Jahren 1867, 1868, 1869, 1873 Regierungsverordnungen ergangen sind — die Regierungsverordnung vom 7. August 1868 ist sogar auf einen Antrag des Landtags hin, einige Beschränkungen des Tanzhaltens zu beseitigen, erlassen worden (vgl. den Eingang dieser Verordnung). Besteht danach ein Polizeiverordnungsrecht in Reuß ä. L., so fragt sich, ob es auch dem Landesherrn

gegeben ist. Das ist ohne weiteres zu bejahen, wenn das Polizeiverordnungsrecht aus dem Verwaltungsrecht fließt (§ 67 der Verfassung). Daß das Polizeiverordnungsrecht für eine ordentliche Ausübung der Polizeiverwaltung nötig ist, und sich aus dieser Notwendigkeit heraus entwickelt hat, kann dafür sprechen, daß es Ausfluß der Verwaltung (der Polizeiverwaltung) ist. Das ist die Anschauungsweise des belgischen Rechts (vgl. Hubrich in Hirths Ann. 1904 S. 856), für das preußische Recht sieht man dagegen das Polizeiverordnungsrecht nicht als Ausfluß der Verwaltung, sondern als übertragene Gesetzgebungsgewalt an (hauptsächlich auch wegen § 6 II 13 ALR — vgl. Rosin S. 37, 38; Hubrich S. 834, 857). Gilt das auch im reußischen Recht, ist also das Polizeiverordnungsrecht kein Ausfluß des Verwaltungsrechts, sondern übertragene Gesetzgebungsgewalt, so kann sich der Landesherr für die Berechtigung, die Tanzverordnung zu erlassen, nicht auf § 67 der Verfassung berufen, sondern nur darauf, daß ihm neben dem Verordnungsrecht nach § 67 der Verfassung auch das Polizeiverordnungsrecht übertragen sei. Nun liegt das Schwergewicht des Polizeiverordnungsrechts mehr bei den Orts- und Bezirkspolizeibehörden, die ihre Verordnungen nach den örtlichen Bedürfnissen verschieden erlassen, es steht aber auch den Ministerien zu — dies ausnahmsweise auch in dem großen Staate Preußen, — die Polizeiverordnungen für den Bereich des ganzen Landes erlassen können. Dann ist nicht das Bedürfnis, sich den örtlichen Verschiedenheiten leicht anpassen zu können, maßgebend, sondern das, bewegliche Vorschriften zu haben, die sich dem Wechsel der Zeiten entsprechend leicht abändern lassen. Die gewöhnliche Gesetzgebung mit Zustimmung des Landtags, die im Verfassungsstaat allerdings grundsätzlich bei allgemeinen Vorschriften für alle Untertanen einzutreten hat (vgl. Rosin S. 188; Schulze S. 531, 532), ist dann zu schwerfällig. Ob ein solches Bedürfnis nach einer beweglichen Vorschrift auch bei der Regelung des Tanzwesens besteht, kann zweifelhaft sein. Gerade in Reuß hat sich aber gezeigt, daß die früheren Verordnungen über das Tanzwesen häufig haben geändert werden müssen (vgl. die Verordnung vom 26. März 1852 mit Aenderungen von 1855, 1857, 1867, 1868, 1869, 1873); man wird deshalb auch jetzt die Regelung durch Verordnung zulassen müssen, zumal bei der Ordnung des Tanzwesens vorwiegend polizeiliche Rücksichten mitsprechen. Daß über die Konzessionspflicht für gewerbsmäßige Abhaltung von Tanzlustbarkeiten ein Gesetz (mit Zustimmung des Landtags) ergangen ist, spricht nicht dagegen. Bei der Regelung des Tanzwesens handelt es sich nicht,

wie die Revision meint, um eine bloße Ergänzung dieses Gesetzes. Und würde danach die Regierung befugt sein, das Tanzwesen durch allgemeine Polizeiverordnung für das ganze Land zu regeln, so muß auch der Landesherr das Recht dazu haben, da er ja die Spitze der Regierung ist. Danach ist die Verordnung auch dann gültig, wenn das Polizeiverordnungsrecht übertragene Gesetzgebungsgewalt ist, denn das Polizeiverordnungsrecht sollte auch in Reuß, wie früher ausgeführt worden ist, nicht beseitigt werden.

Zu prüfen ist noch, ob der § 10 der Verordnung etwa dem Vereinsgesetz widerspricht. Das ist nicht der Fall. Er greift, indem er die Erhebung eines Eintrittsgeldes verbietet, nicht in das Bestimmungsrecht der Vereine über ihre Veranstaltungen selbst ein, schränkt sie nur in der Art der Erhebung von Beiträgen ein. Wenn sie Beiträge wegen einer Tanzveranstaltung erheben wollen, ist es ihnen unbenommen, sie dürfen es nur nicht in der Form eines Eintritts- oder Tanzgeldes tun (vgl. hierzu das Urteil des Senats vom 9. Oktober 1912 Thür. Bl. 59, 294).

Urteil des 1. Strafsenats vom 5. Februar 1913, S 9/13 (nach Greiz).

20. Benutzungsgebühren und Beiträge für eine Wasserleitung (Art. 69, 70 Mein. GemeindeO.).

Die Gemeinde C. hat durch Ortsgesetz vom 22. Januar 1912 eine Gebühr für Wasserentnahme aus ihrer Wasserleitung eingeführt, die von den einzelnen Haushaltungen erhoben wird und nach der Zahl der Personen, die der einzelnen Haushaltung angehören und nach der Zahl der Viehstücke zunächst mit gewissen Mindestsätzen berechnet wird (Mindestabgabe). Um den Bestand an Personen und Vieh festzustellen, ist ein Ausschuß gewählt, dem jederzeit Zutritt zu den Stallungen zu gestatten ist, doch kann der einzelne seinen Viehstand auch durch den Kreistierarzt feststellen lassen. Am 2. April 1912 ist durch Nachtrag zum Ortsgesetz bestimmt worden, daß die Mindestabgabe als Beitrag zur Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung der Wasserleitung von den einzelnen Haushaltungen erhoben wird, gleichgültig, ob sie Wässer entnehmen oder nicht. Der Angeklagte, der nicht an die Wasserleitung angeschlossen ist, hat seinen Viehstand nicht feststellen lassen und ist deswegen nach dem Ortsgesetz bestraft worden.

Die Revision rügt, daß der Nachtrag zum Ortsgesetz ungültig sei, die Gemeinde könne nur eine Gebühr für die Benutzung der

Wasserleitung erheben (Art. 69 GemeindeO.), aber keinen Beitrag zur Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung (Art. 70).

Nach Art. 8 Abs. 2 GemeindeO. dürfen die von den Gemeinden in Ortsgesetzen erlassenen Anordnungen den Landesgesetzen nicht entgegenstehen. Der Inhalt des Nachtrags widerspricht aber den Bestimmungen der Art. 69 und 70 GemeindeO., die das Recht zur Erhebung von Gebühren und Beiträgen näher bestimmen.

Der Art. 69 regelt die Gebührenerhebung für Benutzung einzelner Teile des Gemeindevermögens, einzelner Anstalten und Einrichtungen, sie kann der Gemeinderat ohne weiteres einführen. Art. 70 läßt dagegen zu, zur Deckung der Kosten für Herstellung und Unterhaltung einer im öffentlichen Interesse getroffenen Veranstaltung einen Beitrag von denen zu erheben, denen sie vorzugsweise dient. Solche Beiträge können nur durch Ortsgesetz mit Genehmigung des Staatsministeriums, Abteilung des Innern, eingeführt werden. Nun braucht die Erhebung von Benutzungsgebühren die Einführung von Beiträgen nicht auszuschließen. Es ist denkbar, daß beide bei derselben Einrichtung nebeneinander vorkommen. Das ist auch bei einer Wasserleitung möglich, wenn auch in der Begründung zur Gemeindeordnung Wasserleitungen nur bei den Gebühren nach Art. 69 erwähnt werden. Eine Wasserleitung kann einem Teil der Ortsbewohner vorzugsweise dienen, dies z. B. dann, wenn sie hauptsächlich im Interesse der Bewohner eines bestimmten Ortsteils gebaut worden ist (etwa damit diese gegen Feuersgefahr besser geschützt werden). So hat das preußische Oberverwaltungsgericht (Entscheidung vom 20. Februar 1906, PrVerwBl. 27, 697 ff.) bei einer Kanalisationsanlage eine Erhebung von Beiträgen nach § 9 Abs. 1 preuß. Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 zugelassen — dieser § 9 Abs. 1 entspricht im wesentlichen dem Art. 70 GemeindeO. — (vgl. Nöll-Freund, Preuß. Kommunalabgabengesetz [7] § 9 Anm. 4; vgl. auch PrOVG 34, 26, 71).

Ob man, wie es das Landgericht tut, auch sagen kann, die Wasserleitung in C. diene, soweit sie aus Gründen der Feuersicherheit erbaut sei, vorzugsweise den Hausbesitzern, weniger den Mietern und gar nicht den Forensen, kann zweifelhaft sein. Das Ortsgesetz geht jedenfalls davon aus, daß sie nicht nur den Hausbesitzern, sondern auch den Mietern vorzugsweise diene, denn es will den Beitrag nach Art. 70 von allen Haushaltungen erheben.

Es mag nun angenommen werden, daß es zulässig ist, den Haushaltungsvorständen für die Wasserleitung einen Beitrag nach

Art. 70 aufzuerlegen. Dann muß er aber von allen Haushaltungsvorständen erhoben werden, denen die Wasserleitung vorzugsweise dient (vgl. PrOVG. 32, 126). Das ist nach dem Ortsgesetz nicht geschehen. Man hat zunächst eine Benutzungsgebühr eingeführt und dann bestimmt, daß diese Benutzungsgebühr mit ihren Mindestsätzen als Beitrag nach Art. 70 erhoben werden solle, also auch von denen, die die Leitung nicht benutzten. Damit hat man Gebührenerhebung und Beitragserhebung miteinander verquickt und durch die äußere Fassung der Bestimmung erreicht, daß scheinbar der Beitrag nach Art. 70 von allen Haushaltungen erhoben wird. In Wirklichkeit hat man aber einfach die Benutzungsgebühr nach Art. 69 auf die Haushaltungen ausgedehnt, die die Leitungen nicht benutzen. Das ist der einfache, klar zutage liegende Sinn der Nachtragsbestimmung. Die Einführung einer Benutzungsgebühr für Haushaltungen, die die Leitung nicht benutzen, geht aber nicht an. Man hätte also allenfalls neben der im Ortsgesetz geregelten Benutzungsgebühr, die nur die Verbraucher von Wasser traf, doch einen Beitrag nach Art. 70 für alle Haushaltungen einführen können, der sowohl von denen, die die Leitung benutzten, als auch von denen, die sie nicht benutzten, zu erheben gewesen wäre.

Urteil des 1. Strafsenats vom 12. Februar 1913, S 11/13 (nach Rudolstadt).

Entscheidungen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts in Jena.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

13. Im Großherzogtum Sachsen-Weimar besteht kein Rechtssatz, wonach der Erbauer einer Ortsstraße diese dauernd zu unterhalten hätte. — Art. 12 der Gemeindeordnung trifft grundsätzlich auch die von Privaten erbauten Straßen. Die Unterhaltungspflicht der Gemeinde ist nicht von der Uebernahme des Grund und Bodens abhängig, sie tritt mangels anderer Bestimmung ein, sobald feststeht, daß eine Straße zum öffentlichen Verkehr erforderlich ist. — Eine Straße ist eine öffentliche, wenn sie unter

ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung aller rechtlich Beteiligten dauernd dem freien Verkehr des Publikums gewidmet ist.

Gegenstand des Rechtsstreits waren verschiedene wegepolizeiliche Verfügungen eines Gemeindevorstands, in welchen einer Baugesellschaft, die eine Villenkolonie angelegt hat, bestimmte Auflagen zur Instandhaltung der darin hergestellten Straßen gemacht sind. Der Bezirksdirektor hat die dagegen erhobene Beschwerde zurückgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht hat auf Anfechtungsklage der Gesellschaft die Polizeiverfügungen aus folgenden Gründen aufgehoben:

Die Anfechtungsklägerin hält die polizeilichen Verfügungen schon deshalb für unzulässig, weil sie zur Unterhaltung der Straßen und Kanäle auf der Marienhöhe überhaupt nicht verpflichtet sei. Der Gemeindevorstand und der Bezirksdirektor stehen auf dem Standpunkt, daß die Gesellschaft unterhaltungspflichtig ist. Ueber die Vorgänge bei der Herstellung und bisherigen Unterhaltung der betreffenden Straßen, auf die sich beide Teile berufen, kann folgendes als festgestellt gelten:

Im Jahre 1893 beantragten die Unternehmer F. und B. bei dem Gemeindevorstand, ihnen zur Erschließung ihres Terrains auf der Marienhöhe die Anlegung von Straßen nach einem von ihnen vorgelegten Bebauungsplan zu gestatten. In diesem Bebauungsplan waren die Bismarck-, Moltke- und die Richardstraße zwischen der Moltke- und der nach der Bismarckstraße führenden Querstraße sowie diese letztere vorgesehen. Durch Verfügung vom 4. Januar 1894 wurde ihnen mitgeteilt, daß „der Bebauungsplan vom Gemeinderat genehmigt sei und der Ausführung desselben Bedenken nicht mehr entgegenstünden". Ueber die Unterhaltungspflicht und die Uebernahme der Straßen auf die Stadt wurde dabei nichts bestimmt. Erst nach Fertigstellung der Straßen wurde im Jahre 1897 durch Schriftwechsel des Gemeindevorstands mit den genannten Unternehmern eine Vereinbarung dahin getroffen, daß die Stadtgemeinde ihnen „bis zu dem Zeitpunkte, an welchem sie die fraglichen Straßenzüge eigentümlich übernehme, einen fortlaufenden Beitrag zu den alljährlichen nachzuweisenden Unterhaltungskosten zu gewähren habe, welcher jeweilig dem Verhältnis zwischen der gesamten Frontlänge der Straßen und der Frontlänge der anliegenden, bereits bewohnten Grundstücke entspreche". Diese Vereinbarung erklärte der Gemeindevorstand infolge von Differenzen über die Höhe der Unterhaltungskosten im Jahre 1903 für aufgehoben, und es kam eine neue Vereinbarung zustande, nach

der die inzwischen in das Unternehmen der Herren F. und B. eingetretene, jetzt klagende, Gesellschaft die Unterhaltung und Reinigung der Straßen auf der Marienhöhe zunächst vom 1. Januar 1903 bis 31. Dezember 1905 für den Betrag von 1800 M. für das Jahr übernahm. Beide Teile verwahrten sich dabei gegen die Anerkennung einer Unterhaltungspflicht. Das durch diese Vereinbarung begründete Rechtsverhältnis wurde stillschweigend bis zum Jahre 1911 fortgesetzt. In diesem Jahre beanstandete der Gemeinderat die Weiterzahlung des zugesagten Zuschusses, weil die Gesellschaft die Höhe der Unterhaltungskosten nicht nachgewiesen habe. Hierauf kamen Gesellschaft und Gemeinde, indem sie beide nunmehr die Gegenseite für allein unterhaltungspflichtig erklärten, dahin überein, auf der Vereinbarung von 1903 nicht mehr zu bestehen. Die Gesellschaft stellte die Unterhaltung der Straßen ein und der Gemeindevorstand sah sich dadurch veranlaßt, nunmehr im Polizeiwege die Unterhaltung von ihr zu fordern. Die deshalb erlassenen streitigen Polizeiverfügungen beziehen sich zugleich auf einige weitere Straßenzüge, die sich unmittelbar an die Bismarck- und Moltkestraße anschließen. Diese sind erst später, zwar nicht auf Grund besonders genehmigten Bauplans, aber mit Wissen des Gemeindevorstands angelegt, seit etwa 10 Jahren dem Verkehr übergeben, seit etwa 6—7 Jahren teilweise bebaut und hinsichtlich der Unterhaltung wie die übrigen im Jahre 1893 angelegten Straßen behandelt.

Bei der Beantwortung der erhobenen Streitfrage ist davon auszugehen, daß alle Straßen, auf welche sich die angefochtenen Verfügungen beziehen, öffentliche Straßen sind. Das ist für die im Jahre 1893 angelegten Straßen unstreitig. Sie sind mit ausdrücklicher Genehmigung der Gemeindeverwaltung dem öffentlichen Verkehr übergeben und dienen ihm seit rund zwei Jahrzehnten. Daß der Grund und Boden, auf dem sie angelegt sind, mit Ausnahme eines kleinen Teils in der Bismarckstraße sich noch in Privateigentum befindet, steht der Annahme ihrer Eigenschaft als öffentliche Wege nicht entgegen, und deshalb steht es dieser Annahme auch nicht entgegen, daß die Gemeinde die Uebernahme des Straßenareals in das Gemeindeeigentum späterhin ablehnte. Es lag darin nicht eine Ablehnung der Ingebrauchnahme der Straßen als öffentliche, sondern nur eine Ablehnung der Unterhaltungspflicht.

Dasselbe ist aber auch hinsichtlich der erst später angelegten von den streitigen Verfügungen betroffenen Straßenzüge anzunehmen. Ein Weg ist öffentlich, wenn er im Einverständnis aller rechtlich Beteiligten

dauernd dem freien Verkehr des Publikums gewidmet ist. Das ist bei den fraglichen Straßen der Fall. Sie dienen nicht nur als Zugangswege zu den einzelnen an ihnen errichteten Häusern, sondern, wie dem Verkehr im ganzen Villenterrain, so auch dem Durchgangsverkehr vom Mariental zu den östlich davon gelegenen Ausflugsorten. Das Einverständnis der Grundstückseigentümer sowie der Gemeinde- und Polizeiinstanz liegt vor; es ist zwar hier nicht ausdrücklich erklärt, das ist aber auch nicht nötig; es genügt stillschweigendes Einverständnis (vgl. u. a. v. Kamptz u. Delius, Die Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts 1, 231; 3, 98). Das stillschweigende Einverständnis der Polizeibehörde könnte man im vorliegenden Fall schon darin sehen, daß sie die gegen den Plan von 1893 erweiterte Bebauung der Marienhöhe durch Erteilung des Baukonsenses für die einzelnen Häuser genehmigte, denn in einer derartigen Villenkolonie kommt man ohne öffentliche Straßen praktisch auf die Dauer nicht aus. Jedenfalls aber ist ein stillschweigendes Einverständnis der Gemeinde sowohl wie der Polizei darin zu sehen, daß der zur Gemeindeverwaltung einschließlich der Ortspolizei berufene Gemeindevorstand die unter seinen Augen geschehende Benutzung der Straßen zum freien Verkehr des Publikums durch Jahre hindurch ohne Widerspruch von Obrigkeitswegen zuließ. Danach kann sich die Polizeibehörde jetzt nicht darauf berufen, daß die Genehmigung zur öffentlichen Benutzung der Straßen nicht ausdrücklich erteilt sei.

Sind die fraglichen Straßen aber öffentlich, so kann ihre Unterhaltung nur vom wegepolizeilichen Gesichtspunkt aus gefordert werden, wodurch der allgemeine sicherheitspolizeiliche Gesichtspunkt zugleich gedeckt ist, wie sich die angefochtenen Verfügungen ja auch ihrem ganzen Inhalt nach als spezifisch wegepolizeiliche Anordnungen darstellen. Es kann daher von der, nur für Privatstraßen interessierenden, Erörterung darüber abgesehen werden, ob und inwieweit etwa der Grundstückseigentümer, der seinen Grund und Boden ohne obrigkeitliche Zulassung auf eigene Verantwortung dem Verkehr des Publikums freigibt, als solcher zur Abstellung eines gefährlichen Zustands im Polizeiwege angehalten werden kann, und ob in solchen Fällen die Polizeibehörde die Vornahme bestimmter Unterhaltungsmaßnahmen oder nicht vielmehr nur die Sperrung der Straße erzwingen kann. Bei öffentlichen Wegen kann jedenfalls die Unterhaltung von Polizeiwegen nur von dem gefordert werden, der zur Unterhaltung der Oeffentlichkeit gegenüber gesetzlich verpflichtet ist. Es kommt hier also auch der nicht in Betracht, der dem öffentlichrechtlich Verpflichteten gegenüber die Unterhaltungs-

pflicht im Einzelfall durch Privatvertrag übernommen hat. (Vgl. u. a. PrOVG. 9, 59; 10, 210).

Die Polizeibehörde nimmt für die Straßenunterhaltungspflicht der klagenden Gesellschaft drei Rechtsgründe an. Sie stützt sie ... auf eine Straßenordnung ..., sodann aber, und vornehmlich, auf den Satz, daß der Erbauer einer chausseemäßig hergestellten Straße unterhaltungspflichtig sei, und endlich darauf, daß die Gesellschaft die Unterhaltungspflicht übernommen habe. Der Bezirksdirektor hält den zweiten Rechtsgrund für durchschlagend, ohne übrigens den angenommenen Rechtssatz auf chausseemäßig hergestellte Wege zu beschränken .....

Die Begründung, daß die klagende Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der Erbauer der fraglichen Straßen unterhaltungspflichtig sei, entnimmt der Gemeindevorstand dem § 9 WeimAusfV. zu den Gesetzen über den Straßenbau vom 9. März 1868 (RegBl. S. 137), wonach „die Pflicht zur Unterhaltung der Chausseen denjenigen obliegt, welche dieselben gebaut, bezüglich zur Unterhaltung übernommen haben" Der Gemeindevorstand hat dabei die Bestimmung des § 6 des Ortsgesetzes vom 20. April 1877 im Auge, wonach „jede Straße zu pflastern oder wenigstens chausseemäßig herzustellen ist". Indessen diese Bestimmung qualifiziert die städtischen Straßen noch nicht als Chausseen im Sinne der bezeichneten Ausführungsverordnung. Die Vorschrift des § 6 des Ortsgesetzes bezieht sich nur auf die Beschaffenheit des Dammes, nicht auf die Beschaffenheit der ganzen Wegeanlage. Diese ist bei Ortsstraßen eine andere als bei den Chausseen, von denen die Verordnung von 1868 handelt. Die nähere Einsicht in die Bestimmungen dieser Verordnung wie des Gesetzes, den Bau, die Besserung und die Unterhaltung der Straßen betreffend, vom 10. April 1821 (RegBl. S. 557), zu dessen Ausführung sie erlassen ist, zeigen, daß darin nur die auch jetzt nur als Chausseen bezeichneten großen Durchgangsstraßen gemeint waren (vgl. die §§ 5 ff. des Gesetzes von 1821 und die §§ 1, 8—10 AusfV.). Aus allgemeinen Rechtsprinzipien aber läßt sich ein Satz, daß jeder, der eine Straße baut, damit die öffentliche Pflicht zu ihrer dauernden Unterhaltung überkomme, nicht herleiten. Der Bezirksdirektor geht davon aus, daß jeder Bauherr für die durch Bauten und Anlagen aller Art drohenden Gefahren, Schädigungen und Nachteile haftbar sei, und folgert daraus die Unterhaltungspflicht des Erbauers einer Straße, indessen würde unter diesem Gesichtspunkt allein, soweit nicht besondere Gesetze etwas anderes bestimmen, immer nur eine Beseitigung, nicht eine fortdauernde Unterhaltung der Anlage gefordert werden können .....

Jedenfalls würden Erwägungen allgemeiner Natur erst dann am Platze sein, wenn es an einer gesetzlichen Bestimmung über die Unterhaltung der Ortsstraße fehlte. Eine solche ist aber vorhanden in Art. 12 der GemeindeO. vom 17. April 1895. Darin ist in klaren Worten gesagt, daß die Gemeinden die Verpflichtung zur Erhaltung der zum öffentlichen Verkehr erforderlichen Wege haben, und daß sie zur Erfüllung dieser Verpflichtung vom Staate angehalten, die Leistung auch im Weigerungsfalle auf ihre Kosten angeordnet und ausgeführt werden kann. Daß diese Vorschrift, die sich als Art. 16 bereits in der Gemeindeordnung von 1854 fand, die grundlegende Bestimmung für die Straßenunterhaltungspflicht in der Gemeinde darstellt, nimmt auch die angeführte Ausführungsverordnung von 1868 an, indem sie in dem Abschnitt über die Baupflicht den Satz an die Spitze stellt, daß die Verpflichtung zur Unterhaltung der zum öffentlichen Verkehr erforderlichen Wege nach Art. 16 der GemeindeO. von 1854 „zunächst und im allgemeinen den Gemeinden innerhalb ihrer Gemeindebezirke obliege". (Vgl. den Eingang der Verordnung und § 7.) Die Bestimmung des Art. 12 GemeindeO. gibt daher für den vorliegenden Fall die zunächst anwendbare Rechtsnorm. Denn auch die Voraussetzung ist gegeben, daß die Straßen, um die es sich hier handelt, zum öffentlichen Verkehr erforderlich sind. In den ersten Jahren nach der Anlegung der Straßen mag auf der Marienhöhe die Zulassung eines öffentlichen Verkehrs noch nicht unbedingt erforderlich gewesen und dem Verkehrsbedürfnis der einzelnen Häuser durch Privatzugänge genügt gewesen sein, nachdem aber dort eine ganze Villenkolonie, also ein ganzer Stadtteil entstanden ist, der sich auf verschiedenen Seiten an viel begangene Anlagen anschließt, und der Verkehr sich in Jahren daraufhin entwickelt hat, ist die Notwendigkeit öffentlicher Wege dort zweifellos gegeben. Die objektive Erforderlichkeit ist danach festzustellen, ohne daß es dabei auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des Bedürfnisses durch die Gemeinde ankommt. Uebrigens könnte man aber eine Anerkennung des Bedürfnisses auch darin sehen, daß die Gemeinde die neuen Straßenzüge in den städtischen Bebauungsplan aufgenommen hat. Die Erwägung, daß der Eintritt der Notwendigkeit öffentlicher Wege nicht auf den Tag bestimmt werden kann, darf nicht dazu führen, ihre Annahme von einem Formalakt abhängig zu machen. In solchen Fällen kann nur verständige Beurteilung der Verwaltung und im Streitfall richterliche Würdigung entscheiden. Für den vorliegenden Fall kann es daher auch ganz dahingestellt bleiben, in welchem Zeitpunkt die fraglichen Straßen für

den öffentlichen Verkehr erforderlich waren, es genügt die Feststellung, daß sie es zur Zeit des Erlasses der angefochtenen Verfügungen waren.

Der Gemeindevorstand will nun die Bestimmung des Art. 12 GemeindeO. so ausgelegt wissen, daß darin nur der Wirkungskreis der Gemeinden umschrieben, also nur gesagt sein sollte, zu welchen Tätigkeiten die Gemeinden kompetent seien. Indessen schließt der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung, die eine im Einzelfall erzwingbare Leistungspflicht feststellt, diese Deutung aus. Der Bezirksdirektor wiederum will Art. 12 nur auf Straßen bezogen wissen, über die der Gemeinde volles Verfügungsrecht zusteht, also grundsätzlich nicht auf die noch in Privateigentum stehenden Straßen. Diese Ansicht ließe sich nur etwa durch die Erwägung rechtfertigen, daß nicht wohl jemand zur Unterhaltung eines Weges für verpflichtet erklärt werden kann, der die zur Unterhaltung erforderlichen Maßnahmen zu treffen nicht in der Lage ist. Bei den zum öffentlichen Verkehr erforderlichen Ortsstraßen liegt die Sache aber so, daß die Gemeinde bei ihrer Anlegung in der Lage ist, sich das Verfügungsrecht zu sichern. Dieses Recht ist gerade in E. auch ortsstatutarisch gesichert, und mit Recht macht die Klägerin darauf aufmerksam, daß man bei Erlaß der betreffenden Bestimmungen offenbar von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß die Gemeinden grundsätzlich unterhaltungspflichtig und eben deshalb nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet sind, sich das Verfügungsrecht über die zum öffentlichen Verkehr erforderlichen Straßen zu verschaffen. So schreibt § 6 des Ortsgesetzes vom 20. April 1877 geradezu vor, daß die Genehmigung von Straßen zur Erschließung eines Bauterrains von der Bedingung abhängig zu machen ist, daß die Straßen an die Stadtgemeinde abzutreten sind. Und wenn dann in § 15 des Ortsstatuts vom 7. Dezember 1893 gesagt ist, daß bei den „im Stadtbauplan vorgesehenen Straßen die besonderen Bestimmungen über Art der ferneren Erhaltungspflicht durch die Stadtgemeinde von Fall zu Fall vorbehalten bleiben", so ist damit die Erhaltungspflicht selbst auch vorausgesetzt. Derselbe grundsätzliche Standpunkt ist endlich auch in dem Ortsstatut vom 3. Mai 1900 § 2 eingenommen; denn hiernach soll die Gemeinde die Genehmigung zur Anlegung solcher Straßen von der besonderen Bedingung abhängig machen, daß sich der Unternehmer verpflichtet, die Straße noch 3 Jahre lang nach der Abnahme zu unterhalten. Auch hier ist offenbar vorausgesetzt, daß die Unterhaltung der öffentlichen Straßen grundsätzlich der Gemeinde obliegt. Zutreffend weist die Klägerin auch darauf

hin, daß auch das preußische Recht (vgl. § 15 des Baufluchtliniengeſ. vom 2. Juli 1875, GS. S. 564) ſowie das badiſche Recht (vgl. §§ 4 u. 10 des Ortsſtraßengeſ. vom 15. Oktober 1908, Geſ. u. VBl. S. 605) auf demſelben Standpunkt ſteht. Nicht können die Gemeinden ihre Unterhaltungspflicht ablehnen, weil ſie nicht das volle Verfügungsrecht haben, ſondern ſie müſſen ſich das volle Verfügungsrecht ſichern, weil ſie die Unterhaltungspflicht haben.

Endlich wäre auch die Auslegung zu eng, daß der Art. 12 nur die Verpflichtung der Gemeinde begründe, für die Unterhaltung der Straßen durch andere zu ſorgen, ſo daß die öffentliche Leiſtungspflicht nicht unmittelbar auf ihr läge. Indem das Geſetz in Abſ. 2 beſtimmt, daß die im einzelnen Fall erforderlichen Unterhaltungsleiſtungen eventuell auf Koſten der Gemeinde auszuführen ſind, geht es offenbar davon aus, daß der unmittelbare Gegenſtand der in Abſ. 1 der Gemeinde auferlegten Verpflichtung eben die Leiſtung der Unterhaltung ſelbſt iſt. In Frage könnte nur kommen, ob die öffentlichrechtliche Verpflichtung der Gemeinde eine ausſchließliche, und wenn nicht, ob ſie nur eine ſubſidiäre iſt, ſo daß neben oder vor ihr auch noch andere öffentlichrechtlich Verpflichtete vorhanden ſein können, die im Polizeiwege zur Erfüllung ihrer Verpflichtung angehalten werden müßten, und ob es danach zuläſſig iſt, die Unterhaltungspflicht durch öffentlichrechtlich wirkenden Vertrag oder obrigkeitliche Beſtimmung auf andere zu übertragen. Eine geſetzliche Beſtimmung, wonach öffentliche Straßen, die von Privaten hergeſtellt ſind, auch von dieſen zu unterhalten ſind, iſt, wie ſchon bemerkt, nicht gegeben, es könnte alſo nur etwa ein die Gemeindeordnung ergänzendes Gewohnheitsrecht in Betracht kommen. Anlaß, danach zu fragen, gibt die Bemerkung, daß anſcheinend in weiten Kreiſen die Anſchauung herrſcht, daß die Gemeinde bei der Anlegung öffentlicher Straßen erſt mit der ſogenannten Uebernahme die Unterhaltungspflicht bekäme. Indeſſen ſetzt man bei dieſer Annahme doch wohl immer voraus, daß vor der Uebernahme noch unfertige Verhältniſſe vorliegen und die unbedingte Notwendigkeit der angebotenen Straßen noch nicht eingetreten, deren Bereitſtellung zum öffentlichen Verkehr vielmehr nur zur Förderung der Bebauung im privaten Intereſſe einſtweilen zugelaſſen wird. Sonſt würde man ja auch zu dem unannehmbaren Reſultat kommen, daß eine Gemeinde durch willkürliche Ablehnung der Uebernahme ſich überhaupt auf die Dauer von der Unterhaltungspflicht aller von Privaten angelegten Straßen befreien könnte. Das iſt jedenfalls nicht die allgemeine Rechtsüberzeugung, und einer dahin-

gehenden Praxis dürfte daher nicht rechtsbildende Kraft beigemessen werden. Die Frage der Zulässigkeit besonderer öffentlich-rechtlicher Regelung der Unterhaltungspflicht im Einzelfall kann aber in dem hier vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, da eine solche Regelung nicht stattgefunden hat. Die deshalb zwischen der Gemeinde und der Klägerin stattgehabten Verhandlungen haben nur zu den durch die Schriftwechsel vom 27. September und 10. Oktober 1897 sowie vom 14. und 20. September 1903 getroffenen vertraglichen Vereinbarungen geführt. Von diesen ist die erstere durch die nachfolgende ersetzt, und diese wieder, nachdem sie stillschweigend auf einige Jahre verlängert war, durch den Schriftwechsel vom 15. und 17. Januar 1912 endgültig aufgehoben.

Nach dieser Feststellung erscheint zugleich der dritte Rechtsgrund, den der Gemeindevorstand für die Unterhaltungspflicht der Klägerin anführt, daß sie nämlich die Unterhaltungspflicht besonders übernommen habe, hinfällig. Denn nur in den gedachten Vereinbarungen sind Unterhaltungsverpflichtungen übernommen. Sonst ist eine ausdrücklich erklärte Uebernahme oder ein als selbständiger Verpflichtungsgrund anzunehmendes Anerkenntnis nicht nachgewiesen.

Sonach fehlt es an einem zureichenden Rechtsgrund für die Annahme einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung der Klägerin, die von den streitigen Polizeiverfügungen betroffenen Straßen zu unterhalten. Die angefochtenen Entscheidungen des Bezirksdirektors müssen daher abgeändert werden.

Urteil vom 28. Juni 1913, A 3/13.

14. Als Zustellung im Sinne des § 11 des Weim. AusfG. zum Staatsvertrag vom 15. Dezember 1910 — vom 10. Juli 1912 — ist jede schriftliche Mitteilung des Verwaltungsakts an den Betroffenen anzusehen, die für ihn bestimmt ist und zu seiner Kenntnis kommt. — Die Zustellung an einen von mehreren Streitgenossen wirkt nicht für und gegen die andern.

Durch Bescheid des Bezirksausschusses des 2. Verwaltungsbezirks vom 28. Oktober 1912 ist eine gemeinschaftliche Beschwerde der Kläger gegen einen Beschluß des Gemeinderats in Zottelstedt wegen Versäumung der Beschwerdefrist zurückgewiesen worden. Hiergegen haben die Kläger, nachdem sich das Großh. Staatsministerium auf

eine bei ihm eingelegte Berufung für unzuständig erklärt hat, in einem gemeinschaftlichen Schreiben, das am 19. Dezember 1912 bei dem Oberverwaltungsgericht eingegangen ist, Revision eingelegt. Sie bestreiten die Versäumung der Beschwerdefrist und verlangen eine sachliche Entscheidung.

Das Oberverwaltunsgericht hat keine Veranlassung gehabt, in eine sachliche Prüfung einzutreten, weil die Frist für eine Anfechtung der Bezirksausschußentscheidung bei ihm versäumt und die Anfechtung deshalb unzulässig ist.

An sich könnte es allerdings hingesehen auf die Vorschrift des § 11 des Weim. AusfG. vom 10. Juli 1912 (RBl. S. 625), wonach die einmonatige Anfechtungsfrist bei verkündeten Entscheidungen mit der Verkündung, im übrigen mit der Zustellung beginnt, zweifelhaft sein, wann die Anfechtungsfrist hier zu laufen begonnen hat, weil die angefochtene Entscheidung sowohl in der öffentlichen Bezirksausschußsitzung bekannt gegeben (verkündet?) als auch zugestellt worden ist. Es bedarf jedoch einer Erörterung darüber, ob die Verkündung oder die Zustellung maßgebend ist, wenn beide Eröffnungsformen nebeneinander angewandt worden sind, und auch darüber, ob die öffentliche Bekanntgabe der Bezirksausschußentscheidungen überhaupt eine Verkündung in dem im § 11 a. a. O. gemeinten rechtstechnischen Sinne ist, nicht, weil hier die Frist in beiden Fällen nicht gewahrt sein würde. Denn die Bekanntgabe der Entscheidung in der Bezirksausschußsitzung ist am 28. Oktober 1912 erfolgt und ihre Zustellung ist jedenfalls als vor dem 18. November 1912 an alle Beteiligten bewirkt anzusehen. Der Bescheid ist zwar nur dem Kläger Franz Bartholomäi am 30. Oktober 1912 förmlich zugestellt worden, und das allgemeine Verwaltungsrecht, auf das beim Mangel besonderer landesrechtlicher Vorschriften über das Zustellungswesen in Verwaltungssachen im Großherzogtum zurückgegriffen werden muß, kennt keinen Rechtssatz, der aussagt, daß im Falle einer Streitgenossenschaft die Zustellung an einen der Genossen für und gegen die übrigen wirkt. Es ist aber allgemein anerkannt, daß, wenn nicht besondere Vorschriften entgegenstehen, als Zustellung eines Verwaltungsaktes jede schriftliche Mitteilung desselben an den Betroffenen zu betrachten ist, die für ihn bestimmt ist und ihm tatsächlich bekannt wird (PrOVG. 31, 220; Apelt, Sächs. Verwaltungsrechtspflegegesetz [2] Anm. 2 zu § 32; Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt, S. 68 flg.; Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 193 flg.), und in diesem Sinne ist die angefochtene Entscheidung

auch den übrigen Klägern zugestellt. Denn sie ist dem Kläger Bartholomäi mit dem Ersuchen zugestellt worden, die übrigen Unterzeichner der Eingabe zu bescheiden, und es ist nicht bestritten, daß Bartholomäi diesem Ersuchen entsprochen hat. Die Beteiligten wollen sich nur sämtlich des Zeitpunkts nicht mehr erinnern, zu dem das geschehen ist. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß dieser Zeitpunkt vor dem 18. November 1912 liegt. Denn die Kläger haben die in der gleichen Sache bei dem Großh. Staatsministerium eingelegte Berufung sämtlich unterschrieben. Es darf unbedenklich angenommen werden, daß sie das nicht getan haben, ohne daß ihnen der Inhalt der Entscheidung, gegen die ihre Berufung sich richtete, bekannt war. Die Entscheidung ist ihnen daher spätestens bei der Unterzeichnung der Berufungsschrift, und da diese vor dem 18. November 1912, dem Tage des Eingangs der Berufung bei dem Großh. Staatsministerium, vorgenommen sein muß, vor diesem Tage bekannt geworden.

Die Frist für eine Anfechtung der Entscheidung beim Oberverwaltungsgericht ist demnach, mag für ihren Beginn die Verkündung der Entscheidung maßgebend sein, oder ihre Zustellung, spätestens am 18. Dezember 1912 abgelaufen. Die erst am 19. Dezember 1912 beim Oberverwaltungsgericht eingegangene Revision ist daher, da dieser Zeitpunkt hier nach Art. 28 Abs. 2 und 3 des Staatsvertrags vom 15. Dezember 1910 für die Wahrung der Frist allein in Betracht kommt, auf jeden Fall verspätet und war deshalb nach Art. 30 des Staatsvertrags ohne weiteres durch Beschluß als unzulässig zu verwerfen.

Beschluß vom 12. März 1913, C 35/12.

15. Die Polizeistunde im Großherzogtum Sachsen.

Den Anfechtungsklägern ist durch polizeiliche Verfügungen Polizeistunde auf 12 Uhr nachts gesetzt worden. Sie fühlen sich dadurch beschwert, daß damit ihre Wirtschaften den Gast- und Schankwirtschaften mit weiblicher Bedienung gleichgestellt worden sind. Sie erheben Einspruch dagegen, daß die bei ihnen tätigen weiblichen Personen — die Haushälterin und Klavierspielerin bei L., die Mitglieder der Damenkapellen bei W. — bezeichnet werden könnten als Personen, die zum Aufenthalt in den Schankräumen, insbesondere zur Unterhaltung der Gäste gehalten werden. Sie bestreiten infolgedessen die Anwendbarkeit des § 11 der Verordnung des Großh. Bezirksdirektors in Eisenach vom 1. Dezember 1910 und damit die

Anwendbarkeit der für Wirtschaften mit Kellnerinnenbedienung in Eisenach gegebenen Vorschriften auf ihre Wirtschaften.

Es kann ganz dahingestellt bleiben, ob diese Ausführungen zutreffend sind oder nicht. Selbst wenn man den Anfechtungsklägern darin Recht gibt, daß ihre Betriebe der Verordnung vom 1. Dezember 1910 auch nicht auf Grund ihres § 11 unterfallen, muß die Berechtigunng der Polizeibehörden zu den von ihnen erlassenen Verfügungen auf Grund allgemeiner Bestimmungen anerkannt werden.

Die Handhabung der Polizeistunde im Großherzogtum Sachsen ist grundsätzlich geregelt durch die Ministerialverordnung vom 12. Juli 1875, RegBl. S. 334.

Diese ist erlassen von dem Großh. Sächs. Staatsministerium, Departement des Aeußern und Innern. Nach ihren Eingangsworten soll sie dienen „zur Herbeiführung einer möglichst gleichmäßigen Handhabung der im Großherzogtum bestehenden, jedoch zum Teil veralteten und unter sich verschiedenen oder bloß örtlichen Vorschriften über die sogenannte Polizeistunde, sowie zur Beseitigung hierüber vorgekommener Zweifel". Sie ergeht „unter Aufhebung der sämtlichen bisher allgemein oder an einzelnen Orten gültigen Bestimmungen".

Es kann nach diesen ausdrücklichen Erklärungen der verordnenden Behörde keinem Zweifel unterliegen, daß beabsichtigt war, eine für das Großherzogtum allgemeingültige Rechtsnorm zu schaffen, von deren Bestimmungen nur insoweit abgegangen werden sollte, als die Befugnis hierzu ausdrücklich festgestellt oder vorbehalten war.

Zu prüfen war zunächst die Rechtsgültigkeit dieser Verordnung.

Sie enthält keine Bezugnahme auf eine gesetzliche Bestimmung, die ihr zugrunde liegt. Inhaltlich aber stellt sie sich dar als eine landespolizeiliche Anordnung.

Zu ihrem Erlaß war das Staatsministerium als Landeszentralbehörde zuständig (Gesetz über die Neugestaltung der Staatsbehörden vom 5. März 1850, RegBl. S. 103, § 20 Ziff. 1, AusfV. vom 22. Mai 1850, RegBl. S. 527 Art. 37 Abs. 2). Ihrem Inhalt nach hält sie sich in den Schranken, die durch das Gesetz vom 7. Januar 1854 dem Recht der Polizeibehörden zum Erlaß von Geboten und Verboten gesetzt sind. Reichs- oder Landesgesetze stehen ihrer Gültigkeit nicht entgegen. Namentlich schließt die Vorschrift in § 1 GewO. die Handhabung einer Polizeistunde nicht aus (vgl. PrOVG. 2, 390; Landmann, GewO. 5c zu § 33).

Ist die Polizeiverordnung rechtsgültig zustande gekommen, so entsteht die weitere Frage, ob seit ihrem Erlaß Umstände eingetreten sind, die ihre Rechtswirksamkeit aufgehoben haben.

Eine ausdrückliche Aufhebung, zu der nur die erlassende Behörde berechtigt gewesen wäre, ist nicht erfolgt. Den Ausführungen der Anfechtungengskläger, daß sie „obsolet" sei, und aus diesem Grunde ihnen gegenüber nicht zur Anwendung gebracht werden dürfe, kann das Oberverwaltungsgericht nicht beitreten.

Die Prüfung dieser Frage mußten zunächst alle Erwägungen darüber ausscheiden, ob eine allgemein auf 11 Uhr abends festgesetzte Polizeistunde zeitgemäß und überhaupt durchführbar sei. Erwägungen dieser Art können nur für die Polizeibehörde in Betracht kommen, wenn sie sich über Abänderung oder Aufhebung einer Verordnung schlüssig zu machen hat. Das Verwaltungsgericht, das die rechtsgültig erlassenen Verordnungen in derselben Weise anzuwenden hat, wie Gesetze, kann sich über diese Vorschriften nicht mit der Erwägung hinwegsetzen, daß sie nicht mehr zeitgemäß seien.

Mit dem Anspruch auf größere Beachtung aber hätte man ausführen können, daß durch Nichthandhabung der Polizeiverordnung vom 12. Juli 1875 sich für die Gemeinde Eisenach ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht gebildet hätte, auf Grund dessen den beteiligten Gewerbetreibenden ein Anspruch zustände, ihre Wirtschaften über den in der Verordnung festgesetzten Zeitpunkt und über den ihnen besonders von der Polizeibehörde bestimmten Geschäftsschluß offen zu halten.

Grundsätzlich muß anerkannt werden, daß der Wille einer Polizeibehörde, eine von ihr erlassene Verordnung aufzuheben, nicht ausschließlich in der Form einer neuen Verordnung in Erscheinung treten kann. Es ist möglich, daß die Polizeibehörde einen anderen Weg wählt, um ihren Willen, die Verordnung außer Kraft zu setzen, kundzumachen. Sie kann sich dazu auch des Mittels bedienen, in einer den Aufhebungswillen deutlich erkennbar machenden Weise von einer Handhabung der Verordnung abzusehen.

Immer aber werden das Ausnahmefälle sein, und es muß, wo ein derartiger Wille der Polizeibehörde anerkannt werden soll, ein strikter Beweis für sein Vorhandensein verlangt werden.

Die Polizeiverordnung vom 12. Juli 1875 ist, wie erwähnt, von dem Staatsministerium erlassen worden. Nur dieses wäre zur Aufhebung der Verordnung berechtigt und nur aus seinen späteren

Anordnungen und Unterlassungen könnte der Wille, sie außer Kraft zu setzen, gefolgert werden.

Den Akten des Gemeinevorstandes von Eisenach ist zu entnehmen, daß die Polizeibehörden von Eisenach im allgemeinen von Handhabung der Polizeistunde nach den Vorschriften der Verordnung vom 12. Juli 1875 abgesehen haben, und daß dies auch dem Großh. Bezirksdirektor in Eisenach, der dem Gemeindevorstand vorgesetzten und dem Staatsministerium unmittelbar unterstellten Polizeibehörde bekannt war. Wird man auch in der Annahme nicht fehlgehen, daß diese Uebung auch dem Staatsministerium bekannt war, so kann man doch aus dessen Duldung keinen Schluß darauf ziehen, daß es — sei es auch nur für den Gemeindebezirk Eisenach — seine Polizeiverordnung habe außer Kraft setzen wollen.

Die Polizeiverordnung selbst läßt in § 2, namentlich in Abs. 2, dem Ermessen der Polizeibehörde einen weiten Spielraum; sie ist ganz offenbar darauf angelegt, eine Berücksichtigung aller möglichen Verschiedenheiten — von Stadt und Land, von einzelnen Wirtschaften in demselben Ort usw. — zu gestatten, wie es bei der einheitlichen Regelung eines so verschiedenartig gestalteten Gegenstandes unbedingt notwendig ist. Aber erleichtert die oberste Polizeibehörde auch die Handhabung einer Polizeiverordnung dadurch, daß sie gegen eine sehr weitgehende Interpretation vorgesehener Befreiungsvorschriften keinen Widerspruch erhebt, so verzichtet sie damit doch nicht auf die Handhabung der Verordnung selbst, und es wird deren Rechtsbeständigkeit nicht in Frage gestellt.

Offenbar haben auch die örtlichen Polizeibehörden von Eisenach ihr Vorgehen nur in dem Sinne verstanden, daß die Polizeiverordnung vom 12. Juli 1875 auch für Eisenach volle Gültigkeit habe, daß sie aber gemäß § 2 Abs. 2 daselbst zu einer weitgehenden Milde in ihrer Handhabung jedenfalls in den Fällen berechtigt seien, in denen nicht ein besonderer polizeilicher Grund zu strengerem Vorgehen gegeben sei.

So sagt der Bericht vom 12. September 1901: „Wo ein ..... solcher" — nämlich: *ein Mißbrauch der geübten Nachsicht* — „durch übermäßiges Aufsitzen bis in die Morgenstunden, die Nachtruhe störendes Singen u. dgl. zutage trat und von den Wirten geduldet wurde, ist unter strenger Befolgung der Verordnung vom 12. Juli 1875 eingeschritten worden", der Bericht vom 17. Februar 1902: „wurde gegen Uebertretungen der fraglichen Ministerialverordnung nur eingeschritten, wenn damit andere Unstatten verbunden

waren", die Auskunft an den Stadtrat in Zittau vom 28. Februar 1903: .....„vielmehr hat bei Zuwiderhandlungen nur der Einzelne nach vorausgegangener Verwarnung deren (nämlich der Ministerialverordnung vom 12. Juli 1875) strenge Handhabung zu gewärtigen".

Und wenn der Großh. Bezirksdirektor in § 9 seiner Verordnung vom 1. Dezember 1810 sagt: „Die Zeit, zu der Gast- und Schankwirtschaften mit Kellnerinnenbedienung zu schließen sind, regelt sich nach den gesetzlichen Bestimmungen über die Polizeistunde" usw., so kann er mit den „gesetzlichen Bestimmungen" (Gesetz = jede Rechtsnorm) überhaupt nur die grundlegende Ministerialverordnung vom 12. Juli 1875 meinen, deren Rechtsbeständigkeit und verbindliche Kraft er damit ausdrücklich anerkennt.

Wo Vorschriften bestehen, wie sie in der Ministerialverordnung vom 12. Juli 1875 gegeben sind, hat der einzelne Gewerbetreibende zunächst nur einen Anspruch darauf, daß die allgemeingültigen Bestimmungen ihm gegenüber zur Anwendung gebracht werden (vgl. PrOVG. 50, 367). Wird ihm die Zeit, die allgemein zum Betrieb seines Gewerbes freigegeben ist, verkürzt — wozu den Polizeibehörden die Befugnis in § 2 Abs. 2 der Verordnung vom 12. Juli 1875 eingeräumt ist, — so stellt sich das als ein Eingriff in seine Rechte dar, dessen Berechtigung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nachzuprüfen ist und von der Polizeibehörde nachgewiesen werden muß.

Dagegen steht dem Gewerbetreibenden grundsätzlich kein im Verwaltungsrechtsweg verfolgbarer Anspruch darauf zu, daß ihm der Gewerbebetrieb über die allgemein festgesetzte Polizeistunde hinaus gestattet werde.

Die Ausdehnung der Betriebszeit ist — darüber läßt die Bestimmung in § 2 Abs. 2 der Verordnung vom 12. Juli 1875 keinen Zweifel — dem pflichtmäßigen Ermessen (das selbstverständlich von „Willkür" durchaus verschieden ist) der Polizeibehörden überlassen. Alles aber, was lediglich Ermessensfrage ist, ist der Prüfung durch das Oberverwaltungsgericht entzogen (vgl. Weim. LandtagsVhdl. 1911, Stenogr. Prot. S. 809), und nur insoweit könnte eine Anfechtung solcher Entscheidungen vor ihm in Frage kommen, als sie darauf gestützt wird, daß nicht pflichtmäßiges Ermessen für das Vorgehen der Polizeibehörde maßgebend gewesen ist, sondern Erwägungen Raum gegeben ist, die, außerhalb des Pflichtenkreises der Polizeibehörde liegend, lediglich eine Schädigung des Gewerbetreibenden bezwecken (vgl. PrOVG. 50, 367).

Ist allerdings dem Gewerbetreibenden einmal durch eine Entschließung der Polizeibehörde, die diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit getroffen hat, die Berechtigung eingeräumt — sei es auch nur widerruflich — über die festgesetzte Polizeistunde hinaus seinen Gewerbebetrieb auszudehnen, so tritt diese besondere Entschließung der Polizeibehörde in allen Beziehungen an die Stelle der allgemeinen Vorschrift, auch insofern, als dadurch ein Anspruch begründet wird, der nicht lediglich nach dem Ermessen der Polizeibehörde wieder beseitigt werden kann, der vielmehr auch im Verwaltungsstreitverfahren unbeschränkt verfolgt werden kann (vgl. PrOVG. 50, 361).

Die Entstehung eines solchen Anspruchs aber setzt eine ausdrückliche, für den Fall getroffene Entscheidung voraus. Um ihn zu begründen, genügt nicht eine bloß nachsichtige Handhabung der Verordnung über die Polizeistunde, ein bloßes Geschehenlassen der Polizeibehörden. Grundlage eines solchen Anspruchs kann nur die ausdrückliche Erlaubniserteilung sein. Voraussetzungen und Wirkungen einer derartigen Beschlußfassung der Polizeibehörden sind so bedeutend, für die Handhabung der Polizei und für den Gewerbetrieb des Einzelnen so wichtig, daß sie nur da angenommen werden kann, wo sie klar und unzweideutig zum Ausdruck gekommen ist.

Wendet man diese Grundsätze auf den gegebenen Streitfall an, so ergibt sich folgendes:

Grundsätzlich ist auch für die Gemeinde E. die Polizeistunde auf 11 Uhr abends festgesetzt. Eine besondere Verlängerung der Polizeistunde durch ausdrückliche Polizeiverfügung ist den Anfechtungsklägern nicht zugestanden worden (die Frage, ob die Ortspolizeibehörde nach den Vorschriften der Polzeiverordnung vom 12. Juli 1875 zu einer solchen Verfügung berechtigt sein würde, kann ganz außer Betracht bleiben). Sie haben deshalb einen Anspruch nur darauf, daß ihr Gewerbebetrieb nicht weiter eingeschränkt wird, als dies in der Polizeiverordnung vorgesehen ist, d. h. bis 11 Uhr abends ihnen ungehindert gestattet wird. Im übrigen aber greift hinsichtlich einer Verlängerung des Wirtschaftsbetriebs lediglich das polizeiliche pflichtmäßige Ermessen Platz.

Es ist bereits darauf hingewiesen, daß Entscheidungen, die auf dieser Grundlage beruhen, wenn überhaupt, so doch nur unter einem ganz bestimmten Gesichtspunkt mit der Anfechtungsklage vor dem Oberverwaltungsgericht angegriffen werden können. Daß bei den jetzt zur Beurteilung stehenden Verfügungen der Polizeibehörden Erwägungen in Frage gekommen wären, die nicht den Aufgaben der Polizeibehörden

entspringen, sondern den Charakter der Chikane tragen, ist nicht behauptet, ist auch den Verhandlungen nicht zu entnehmen. Die Tatsache, daß das Vorgehen der Polizeibehörden sich nicht gegen einen bestimmten Wirt und eine bestimmte Wirtschaft, sondern ganz allgemein gegen Wirtschaften richtet, in deren Betrieb das weibliche Element eine mehr oder minder große Rolle spielt, beweist im Gegenteil, daß sachliche, nicht persönliche Rücksichten maßgebend gewesen sind.

Hiernach konnte eine im Verwaltungsweg verfolgbare Verletzung von Rechten der Anfechtungskläger nicht für vorliegend erachtet werden, da die Festsetzung der Polizeistunde auf 12 Uhr ihnen noch über ihre Ansprüche hinausgehende Befugnisse einräumt. Die Klagen waren demzufolge zurückzuweisen.

Urteil vom 19. März 1913, A 1/13.

16. Weimarische Einkommen- und Ergänzungssteuer: Fortlaufend verwilligte Gnadenunterstützungen sind als Bezüge aus Rechten auf periodische Hebungen nach § 93, 4 EStG. steuerpflichtig, und zwar auch dann, wenn sie auf Widerruf bewilligt sind. — Die Steuerpflichtigkeit eines auf Vertrag beruhenden Bezugs nach § 6 Abs. 1 Ziff. 6 ErgStG. hängt nicht davon ab, daß der Berechtigte selbst „Vermögenswerte dafür hingegeben" hat, sie besteht vielmehr auch dann, wenn die Hingabe von Vermögenswerten seitens eines Dritten und zu dem Zwecke geschehen ist, dem Empfänger eine unentgeltliche Zuwendung zu machen.

Die Klägerin bezieht seit dem 1. Oktober 1907 eine jährliche Unterstützung von 600 M. aus dem Dispositionsfonds des Königs von Preußen, die ihr zunächst bis zum 30. September 1912 bewilligt war, aber nach einer Mitteilung des Regierungspräsidenten in Merseburg vom 20. August 1912 vorläufig bis Ende 1917 fortbewilligt worden ist. Außerdem erhält sie seit dem Jahre 1905 jährlich 900 M. für ihren Unterhalt von ihrer Mutter. Die Veranlagungsbehörden haben die Unterstützung von 600 M. zur Einkommen- und die 900 M. Unterhaltsbeitrag zur Ergänzungssteuer veranlagt. Die Klägerin hält das für ungesetzlich und verlangt Aufhebung der Veranlagung.

Das Verlangen ist unbegründet.

Die Klägerin irrt, wenn sie meint, die Gnadenunterstützung sei ein Almosen und deshalb nicht einkommensteuerpflichtig. Almosen sind Zuwendungen, die lediglich auf dem freien Willen des Gebers beruhen. Nun ist zwar die Bewilligung der Unterstützung zweifellos ein Gnaden- und Liberialitätsakt. Mit der Eröffnung der die Bewilligung aussprechenden Höchsten Entschließung hat aber die Klägerin einen klagbaren Anspruch auf die Zahlung der einzelnen Unterstützungsbeträge erlangt; diese Eröffnung bildet einen Rechtstitel gegenüber der zur Zahlung angewiesenen Kasse. Die Unterstützung ist daher Einkommen aus einem Recht auf periodische Hebungen im Sinne des § 6 Ziff. 4 EStG. vom 11. März 1908 und demnach steuerpflichtig. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß sie nur noch auf fünf Jahre bewilligt und, wie die Klägerin behauptet, frei widerruflich ist. Denn für die Annahme der Periodizität genügt es, daß der Bezug seiner Natur oder den Umständen nach ein jährlich wiederkehrender ist, gleichviel ob überhaupt oder wie oft er sich tatsächlich wiederholt, und der Vorbehalt des Widerrufs würde die Rechtsnatur des Bezugsrechts nicht beeinträchtigen, da der klagbare Anspruch auf die einzelne Leistung so lange fortbesteht, als der Widerruf nicht erfolgt.

Die Veranlagung der Unterstützung von 600 M. zur Einkommensteuer entspricht daher dem Gesetz.

Dasselbe muß aber auch von der Heranziehung der Klägerin mit ihrem Bezuge von 900 M. zur Ergänzungssteuer gelten. Denn nach § 4 Abs. 1 Ziff. 5 und § 6 Abs. 1 Ziff. 6 des Ergänzungssteuergesetzes vom 30. März 1910 gehören zum steuerbaren Vermögen u. a. Leibrentenbezüge, die dem Berechtigten auf seine Lebenszeit vertragsmäßig für die Hingabe von Vermögenswerten zustehen. Diese Voraussetzungen der objektiven Steuerpflicht liegen hier vor.

Die Klägerin erhält die fraglichen 900 M. zwar in erster Linie aus Anlaß eines zwischen ihrer Mutter uud ihr im Jahre 1905 bei der Auflösung ihres bis dahin gemeinsam geführten Haushalts getroffenen Abkommens, über das die Klägerin von ihrer Mutter ein Schriftstück vom 13. Oktober 1905 ausgestellt bekommen hat, in dem es heißt:

„Mit Rücksicht auf die Verhältnisse verzichte ich . . . .

1. . . . .

2. . . . .

3. auf die Hälfte der mir von Herrn Dr. jur. W. v. Br. gezahlten Leibrente von jährlich 900 M. . . . ."

Die Zahlungen, die die Mutter der Klägerin dieser hiernach leistet, sind jedoch keine freiwilligen Zuwendungen der Mutter an ihre Tochter — wie diese es darstellt — sondern sie beruhen in letzter Linie auf einem am 21. Mai 1869 zwischen dem Vater der Klägerin und ihrem Schwager von Br. über das Rittergut F. abgeschlossenen Kaufvertrage. Darin ist nämlich in § 5 u. a. bestimmt:

„für den Rest des Kaufgeldes von 25000 Tlr. verkauft Herr von Br. dem Herrn von Sch., dessen Ehefrau und dessen unverheirateten Töchtern zusammen eine vom 1. Oktober dieses Jahres ab postnumerando an den Kalenderqartalstagen zu Händen des Herrn von Sch. zu zahlende Leibrente von 2000 Tlr.

Dieselbe wird nach dem etwaigen früheren Tode des Herrn von Sch. für dessen Ehefrau und die beiden unverheirateten Töchter auf zusammen 1200 Tlr., nach dem dann etwa erfolgten Tode der Frau von Sch. für jede der beiden Töchter, sofern sie dann unverheiratet sind, auf je 300 Tlr. ermäßigt. Wenn eine der Töchter heiratet, erlischt ihr selbständiges Recht auf die Leibrente von je 300 Tlr."

In der preußischen Praxis ist für das Geltungsgebiet des Allg. Landrechts, das hier anzuwenden ist, anerkannt, daß aus solchen Leibrentenverträgen, die ein Aszedent zugunsten seiner Deszendenten oder ein Ehegatte zugunsten des andern eingeht, der Begünstigte unmittelbar (ohne den sonst — ALR. I, 5 § 75 — verlangten Beitritt zum Vertrage) ein Klagerecht auf die Rente erwirbt (vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs (4) 49 Ziff. 2 und Anm. 6). Der Klägerin steht daher aus dem Kaufvertrage vom 21. Mai 1869 ein durch eine etwaige Verheiratung auflösend bedingter Rechtsanspruch auf eine lebenslängliche Rente zu. Sie ist nur nach dem Vertragsinhalt bei Lebzeiten der Mutter in der Ausübung dieses Rechts insofern beschränkt, als nach dem Willen der Vertragschließenden die Mutter, solange sie lebt, allein die Verfügung über die ganze Rente mit der Maßgabe hat, sie zum gemeinsamen Unterhalte für sich und ihre Töchter zu verwenden. Im übrigen kann nach den Bestimmungen des Vertrags über die beim Tode einzelner Berechtigter eintretenden Ermäßigungen der Gesamtrente nicht zweifelhaft sein, daß sich der Anspruch der Klägerin an die Gesamtrente auf einen Teilbetrag von 900 M. beschränkt. Unter diesen Umständen erscheint es ausgeschlossen, daß Frau von Sch. der Klägerin mit dem „Verzichte" vom 13. Oktober 1905 — wie die Klägerin behauptet — eine Zuwendung aus ihren eigenen

Einkünften oder ihrem Vermögen hat machen wollen, die mit den Ansprüchen, die der Klägerin aus dem Vertrage vom 21. Mai 1869 zustehen, nichts zu tun hat. Dieser Verzicht findet vielmehr seine natürliche Erklärung darin, daß die Mutter, als sie sich im Jahre 1905 von der Klägerin trennte, das Bedürfnis empfand, sich mit ihr über die Form der künftigen getrennten Nutzung der bisher gemeinsam verwendeten Rente auseinanderzusetzen, und sie das tat, indem sie auf die nach dem Vertrage ihr zustehenden Verfügungsbefugnisse an dem Rentenanteile der Tochter verzichtete. Der Verzicht der Mutter hat daher lediglich die Bedeutung, daß das bis dahin durch deren Nutzungsbefugnisse beschränkte Bezugsrecht der Klägerin nunmehr ein selbständiges geworden ist.

Bei dieser Sachlage ist aber das Bezugsrecht der Klägerin auch ein Recht, das ihr „vertragsmäßig für die Hingabe von Vermögenswerten" zusteht (§ 6 Abs. 1 Ziffer 6 ErgStG.). Zwar ist die Zuwendung der Rente im Verhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Vater zweifellos unentgeltlich erfolgt; dieses Verhältnis kann aber für die Frage, ob dem Berechtigten der Bezug „vertragsmäßig für die Hingabe von Vermögenswerten" zusteht, nicht ausschlaggebend sein. Fuisting (Direkte Steuern 2, Anm. 15 E a und 17 c zu § 7) nimmt allerdings gegenüber der gleichlautenden Bestimmung des § 7 c des Preuß. Ergänzungssteuergesetzes vom 14. Juli 1893 an, daß die Steuerpflicht die Hingabe von Vermögenswerten „als Gegenleistung des Empfängers" voraussetze und demgemäß auch die von den Eltern ihren Kindern bei einer Versicherungsgesellschaft gekauften Renten kein steuerbares Vermögen der Kinder seien. Diese Auffassung wird jedoch anscheinend auch von dem Preuß. Oberverwaltungsgericht nicht geteilt. Wenigstens stellt dieses in seinem Urteile vom 4. Juli 1896, auf das sich Fuisting (Anm. 16 c zu § 7) beruft, diesen Grundsatz nicht auf, sondern es spricht vielmehr darin gerade vorbehaltlos aus, daß die von einer Mutter ihrem Sohne gekaufte Rente steuerpflichtig sei, wenn nur der Sohn der Versicherungsanstalt gegenüber Gläubiger des Forderungsrechts auf die gekaufte Rente geworden sei. Sie ist aber auch im Gesetz weder dem Wortlaut noch dem Sinne nach begründet. Denn das Gesetz spricht schlechthin von der Hingabe von Vermögenswerten, für die die betreffende Rente die vertragsmäßige Gegenleistung darstellt. Der gesetzgeberische Grund der Besteuerung solcher Renten, die für die Hingabe von Vermögenswerten bezogen werden, ist aber zweifellos der, daß in diesem Falle ein Vermögenswert aufgeopfert wird, der andernfalls möglicherweise selbst der Besteue-

rung unterliegen würde, und deshalb der für den aufgeopferten Wert erlangte Gegenwert als Objekt der Besteuerung an dessen Stelle treten soll. Diese Erwägungen treffen aber in gleicher Weise zu, ob nun die Gegenleistung von dem Rentenempfänger selbst bewirkt wird oder von einem anderen für ihn. Infolgedessen besteht auch dann kein Grund, eine vertragsmäßig für die Hingabe von Vermögenswerten bezogene Rente steuerfrei zu lassen, wenn die Hingabe des Gegenwertes auf einer Liberalität des Gebers gegenüber dem Rentenempfänger beruht. Die Rente der Klägerin fällt daher unter § 6 Abs. 1 Ziff. 6 ErgStG., da ihr Vater dem Rentenschuldner von Br. in dem verkauften Gute den Gegenwert für sie gewährt hat.

Urteil vom 2. April 1913, C 19/12.

17. Das Schicksal vom Rittergut umschlossener Grundstücke bei der Verpachtung der Gemeindejagd (Weimar).

Die Waltersdorfer Flur enthält zwei Jagdbezirke: den Gemeindejagdbezirk und den Eigenjagdbezirk des Rittergutsbesitzers. Jagdbare Grundstücke der Kläger sind von dem Gutskomplex ganz oder teilweise umschlossen. Die Gemeinde hat mit dem Rittergutsbesitzer in den Jahren 1900, 1906 und jetzt wieder bei der Neuverpachtung der Gemeindejagd auf 6 Jahre zum Zwecke der Arrondierung der Jagdbezirke ein Abkommen über Austausch von Grundstücken getroffen und dabei die Grundstücke der Kläger mit dem benachbarten Jagdbezirk des Ritterguts vereinigt. In den Jahren 1900 und 1906 haben die Kläger dem nicht widersprochen, jetzt im Jahre 1912 haben sie beim Gemeindevorstand Widerspruch gegen die Zuweisung zum Jagdbezirk des Ritterguts eingelegt. Der Gemeindevorstand hat die Kläger abgewiesen, und im Einvernehmen mit den drei meistbeteiligten Grundbesitzern am 9. November 1912 beschlossen, den bisherigen Modus beizubehalten: er hat dementsprechend eine Vereinbarung auf 6 Jahre mit dem Rittergutsbesitzer getroffen und dann die Gemeindejagd für die Zeit vom 1. Juni 1913—1919 unter Ausschluß der Grundstücke der Kläger verpachtet. Dagegen haben die Kläger am 13. November 1912 Beschwerde beim Bezirksdirektor mit dem Antrag erhoben: den Beschluß des Gemeindevorstands aufzuheben und anzuordnen, daß ihre Grundstücke mit der Gemeindejagd verpachtet würden. Sie haben ihre Beschwerde auf § 4 des Weim. Gesetzes vom 6. Januar 1849 über die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden gestützt, wonach dem Eigentümer einzelner Grundstücke geringeren

Flächeninhalts, die von einem Gutskomplex mit Eigenjagd ganz oder teilweise umschlossen werden, freisteht, die Jagd entweder durch die Gemeinde mit ausüben zu lassen oder an den Gutsbesitzer zu verpachten.

Der Bezirksdirektor hat die Beschwerde durch Bescheid vom 16. November 1912 zurückgewiesen. Seine Entscheidung stützt sich auf die §§ 1 und 6 des Jagdnachtraggesetzes vom 17. Mai 1853. Danach habe der Gemeindevorstand allein im Einvernehmen mit den drei Meistbeteiligten zu befinden, wie er den Gemeindejagdbezirk benutzen wolle, und es sei ihm gestattet, einen Teil davon mit einem benachbarten Jagdbezirk im Wege freier Vereinbarung auf die Dauer von 6 Jahren zu vereinigen.

Hiergegen richtet sich die rechtzeitig erhobene Anfechtungsklage. Die Kläger beantragten Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zuweisung ihrer Grundstücke zum Gemeindejagdbezirk.

Die Zulässigkeit der Anfechtungsklage hängt davon ab, daß in den angefochtenen Bescheiden der Vorinstanzen jagdpolizeiliche Verfügungen liegen (§ 6 Weim. ZustGes. v. 10. Juli 1912). Das ist der Fall. Der Widerspruch der Kläger richtet sich gegen die Bildung der Jagdbezirke. Der Jagdpolizei liegt es ob, darauf zu achten, daß bei der Verpachtung der Jagd die Vorschriften über die Bildung der Jagdbezirke eingehalten werden. Beantragen die Vertreter der Jagdberechtigten, die Jagd in einem Umfang zu verpachten, den die Vorschriften des Gesetzes über die Bildung der Jagdbezirke nicht zulassen, so hat der Gemeindevorstand als Inhaber der Ortspolizei den Anträgen nicht zu entsprechen (§ 6 Abs. 2 des Jagdnachtraggesetzes vom 17. Mai 1853). Auch Sonderrechte Dritter muß die Jagdpolizei wahren, soweit sie mit den Erfordernissen des Gesetzes an die Jagdbezirksbildung zusammenfallen. Ein solches Sonderrecht der Kläger haben der Gemeindevorstand und der Bezirksdirektor als Jagdpolizeibehörden verneint. Darin liegen jagdpolizeiliche Verfügungen über die Bildung der Jagdbezirke in der Waltersdorfer Flur.

Das Sonderrecht, das die Kläger beanspruchen, besteht aber in der Tat nicht. Nach § 4 des Jagdgesetzes vom 6. Januar 1849 steht es ihnen frei, die Jagd auf ihren Grundstücken entweder durch die Gemeinde mitausüben zu lassen oder an den Eigentümer des Ritterguts zu verpachten. Das ist eine Vergünstigung für die Kläger. Sie können, wenn es ihr Interesse ihnen nahelegt, wählen, ob sie sich dem Eigenjagdbezirk des Rittergutsbesitzers anschließen wollen. Die Wahl treffen sie dadurch, daß sie rechtzeitig vor der Verpachtung der

Gemeindejagd einen Vertrag mit dem Rittergutsbesitzer schließen, in dem dieser die Jagd auf den umschlossenen Grundstücken pachtet. Schließen sie einen solchen Vertrag und geben sie dem Gemeindevorstand davon Kenntnis, so muß dieser darauf bei der Bildung des Gemeindejagdbezirks Rücksicht nehmen. Schließen aber die Kläger keinen Jagdpachtvertrag mit dem Rittergutsbesitzer, so bleiben ihre Grundstücke Bestandteile des Gemeindejagdbezirks. (Richtig Mardersteig, Jagdrecht S. 45.) Sie teilen die Schicksale des Gemeindejagdbezirks. Ihr Sonderrecht aus § 4 ist dann erledigt.

Im vorliegenden Falle haben die Kläger kein Abkommen mit dem Rittergutsbesitzer getroffen. Ihre Grundstücke gehören also zum Gemeindejagdbezirk, über dessen weitere Schicksale die Gemeindebehörden nach Maßgabe des Gesetzes beschließen. Nun bestimmt § 1 des Gesetzes vom 17. Mai 1853, daß es der Gemeinde freisteht, ihren Gemeindejagdbezirk ganz oder teilweise mit einem benachbarten Jagdbezirk (hier dem des Rittergutes) im Wege freier Vereinbarung auf längstens 6 Jahre zu vereinigen. Von diesem Rechte hat die Gemeinde Waltersdorf Gebrauch gemacht, indem sie durch Vertrag mit dem Rittergutsbesitzer Teile ihres Jagdbezirks, nämlich die Grundstücke der Kläger mit der Jagd auf dem Rittergut vereinigt hat. Das müssen sich die Kläger gefallen lassen. Auf ihr schon vorher erledigtes Sonderrecht können sie nicht zurückgreifen.

Urteil vom 2. April 1913, A 9/12.

Bücherbesprechungen.

38. Geier, Gustav (Geh. OberregRat in Altenburg), Wegweiser durch die Gesetzsammlung für das Herzogtum Sachsen-Altenburg 1821—1912. 3. Aufl. Altenburg (Pierer) 1913.

Es ist ein Nachteil des Kleinstaates, daß sein Landerecht nur in geringem Maße wissenschaftliche Bearbeiter findet. Auch Altenburg hat darunter gelitten, aber doch nicht ganz. Es hat seit 1891 im Geierschen Wegweiser eine gründliche und zuverlässige Bearbeitung aller in der Gesetzsammlung veröffentlichten Gesetze und Verordnungen auf die Frage hin, was gilt davon noch, welche Norm hebt es auf und welche wird durch sie aufgehoben. Bedenkt man das Ineinandergreifen von Reichs- und Landesrecht, besonders auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, so erstaunt man über den Reichtum des Gegebenen. Der einheimische Jurist, der die Entwickelung der Landesgesetze kennt, findet sich bei der chronologischen Anordnung des Stoffes ohne jede Schwierigkeit zurecht. Der Außenstehende muß erst im alphabetischen Inhaltsverzeichnis zur Gesetzsammlung, das im Jahre 1905 für die Jahre 1821—1904 erschienen ist, das ihm unbekannte Datum des Gesetzes suchen, das er braucht; hat er dies, so gibt ihm der Wegweiser sicheren Aufschluß über die Geltung der Norm, Ausführungserlasse dazu, kurz alles, was er braucht.

Im Herzogtum gehört Geiers Wegweiser zu den unentbehrlichen Büchern der Juristen. Die neue Auflage ist nötig geworden, um die seit 1900 ergangenen Aenderungen in der Gesetzgebung darzustellen. Der Wegweiser schließt mit dem Ende des Jahres 1912 ab.

39. v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Dr. Loewenfeld, Dr. Kuhlenbeck, Dr. Engelmann, Dr. Riezler, Dr. Kober und Dr. Herzfelder. 7/8. neubearbeitete Auflage. Bd. 4: Das Familienrecht, erläutert vom Oberlandesgerichtsrat Dr. Engelmann in München. München und Berlin (Schweitzer) 1913. 38 M. Bd. 5: Das Erbrecht, erläutert von Dr. Herzfelder. Lfg. 1. 9 M. 1913.

Den ersten 3 Bänden ist jetzt der 4. Band rasch gefolgt und damit ist der Höhepunkt erreicht. Denn wohl kein anderer Teil des Kommentars wird von dem Praktiker so notwendig gebraucht, wie das Familienrecht. Hier mit der neuen Auflage im Besitz des neusten Standes von Schrifttum und Rechtsprechung zu sein, ist eine große Annehmlichkeit. An der Anlage des Buches hat sich nichts geändert, der Zuwachs von 100 Seiten weist auf die Vermehrung des Stoffes hin. Der ersten Lieferung des 5. Bandes soll der Schluß bald folgen.

40. Fromherz, Dr. P. (Landgerichtsrat in Karlsruhe), Haftpflichtrecht. Grundriß der außervertraglichen Haftpflicht insbesondere aus unerlaubten Handlungen. München und Berlin (Schweitzer) 1913. geb. 6,50 M.

Ein vortreffliches Buch für den Praktiker. Nicht nur weil es eine knappe Uebersicht über den neuesten Stand des Haftpflichtrechts gibt, sondern weil es den Schwerpunkt, wenigstens im ersten, allgemeinen Teil, auf eine dogmatische Betrachtung legt und so den Zusammenhang zwischen Theorie und Praxis wahrt. Der erste Teil handelt von Haftung, Kausalzusammenhang, Vorteilsausgleichung, Schadensersatz und anderen allgemeinen Materien, der zweite Teil von den einzelnen unerlaubten Handlungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Das Haftpflichtgesetz wird nur im allgemeinen Teil berührt. Auf die Erörterung weit abliegender Fälle wird verzichtet, besonders hervorgehoben dagegen das, was nach der Erfahrung der Gerichte sich als brauchbar bewährt hat. Alles in allem: ein wissenschaftlicher Grundriß für die Praxis.

41. Cosack, Konrad (Prof. in Bonn), Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 2 Bände. Jena (Fischer) 1913. Bd. 1 14 M., geb. 16 M.; Bd. 2 17,50 M., geb. 20 M.

Cosacks Lehrbuch ist das Lehrbuch der Studenten geworden. Daraus erklärt sich, daß schon nach 3 Jahren eine neue Ausgabe nötig geworden ist, die zugleich eine Neubearbeitung darstellt. Das Werk wird immer anziehen durch die Schärfe der Gedankenführung und durch die Fülle treffender Beispiele, wie sie in keinem anderen Lehrbuch zu finden sind.

42. Roest, Dr. B. (Justizrat in Solingen), und Plum, E. (Rechtsanwalt in Cöln), Die Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen, Bd. 77, 78, 79 und 80. Berlin (Heymann) 1912, 1913. Jeder Band 2 M., geb. 2,50 M.

Auf dieses vortreffliche Werk, das mit dem 72. Bande der offiziellen Reichsgerichtsentscheidungen begonnen hat und fortlaufend der amtlichen Ausgabe auf dem Fuße folgt, war in diesen Blättern 59, 158 zuerst aufmerksam gemacht worden. Die neuen Bände tun die glänzende Begabnng der Verfasser für ihre Aufgabe erneut dar. In systematischer Reihenfolge geben sie die Entscheidungen knapp und klar wieder. Daran knüpfen sie kritische Betrachtungen, die den Zusammenhang mit der bisherigen Rechtsprechung dartun und die Bedeutung der betreffenden Ent-

scheidung für das Rechtsleben hervorheben. Zur Einarbeitung in die Reichsgerichtsentscheidungen kann das Werk nicht genug empfohlen werden. Es ersetzt völlig die amtliche Sammlung, die doppelt so teuer ist, ja es gibt mehr als diese durch die elegante Darstellung und die wissenschaftlichen Noten. Man kann daher nur allen Juristen raten, sich dieser Sammlung zu bedienen; ein Verweisungsregister ermöglicht ein leichtes Auffinden nach den Zahlen der amtlichen Ausgabe.

43. Neukamp, Dr. Ernst (Reichsgerichtsrat), Die Rechtsstellung der Verfasser von Beiträgen zu Sammelwerken. Leipzig (Wörner) 1913. 1 M.

Nicht nur in den Kreisen der Schriftsteller und Künstler, sondern ganz allgemein macht man die Wahrnehmung, daß die Rechte der Urheber, Herausgeber und Verleger unbekannt sind, die diesen die neuen Urheberrechtsgesetze und die Berner Uebereinkunft gewähren. Der Verfasser greift den dunkelsten Punk heraus: die Lieferung von Beiträgen zu Sammelwerken und bringt ihn zu klarer Darstellung. Zunächst zeigt er, was das Gesetz unter einem Sammelwerk versteht und grenzt es namentlich gegen die Sammlung ab. Dann kommt er auf die Arten von Sammelwerken, periodische und nicht-periodische, namentlich auf Zeitschriften und Zeitungen zu sprechen. Den Begriff des Verfassers setzt er als bekannt voraus. Den Hauptteil des Werkchens bildet dann eine Darstellung der Rechtsstellung des Verfassers gegenüber dem Herausgeber, Verleger und Nachdruckern. Bis in alle Einzelheiten werden die gegenseitigen Rechte und Pflichten verfolgt. Wo der Verfasser von andern abweicht, hebt er dies hervor, und man muß ihm zugestehen, daß er seine Meinung mit Geschick verficht. Neue Gesichtspunkte treten nicht hervor. Der Wert des Buches liegt in der zusammenfassenden und klaren Darstellung der Materie.

44. Neumann, Dr. Hugo (Justizrat in Berlin), Jahrbuch des deutschen Rechts. 11. Jahrgang (die Zeit bis Anfang 1913 umfassend). Berlin (Vahlen) 1913. 27 M., geb. 30 M.

Das Jahrbuch ist ein notwendiger Bestandteil der juristischen Literatur geworden, seine Unentbehrlichkeit für Rechtswissenschaft und Rechtsübung ist außer Frage. Erstklassige Namen zählt es zu seinen Mitarbeitern. Sein besonderer Wert liegt darin, daß es den Inhalt der neu erschienenen Bücher und der Entscheidungen in den Grundzügen wiedergibt, so daß man schon aus ihm ersehen kann, ob man auf die Neuerscheinung selbst zurückgreifen muß, um das literarische Bedürfnis im einzelnen Falle zu befriedigen. Die Bibliotheken können bestätigen, daß das Jahrbuch zu denjenigen Büchern gehört, die am häufigsten nachgeschlagen werden. Der Umfang der Benutzung ist ein Beweis seiner Güte.

45. v. Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. 7. Aufl. München, Leipzig und Berlin (Duncker & Humblot und Guttentag) 1913. Bd. 1, erste Hälfte 9,60 M.

Glänzende Namen der Rechtswissenschaft haben sich unter Führung Prof. Kohlers zusammengetan, um die bewährte Enzyklopädie in erweiterter Gestalt neu herauszugeben. Neue Abhandlungen werden ihr eingefügt, so das Privatversicherungsrecht, das Verwaltungsrecht u. a. m. Die bisherigen Arbeiten wurden dem neuen Stande der Wissenschaft entsprechend neu bearbeitet. Der vorliegende Band enthält eine großzügig angelegte rechtsphilosophische Einleitung von Kohler. Ihr folgen Brunners unübertroffene Deutsche Rechtsgeschichte, v. Gierkes Grundzüge des deutschen Privatrechts und Lenels Römische Rechtsgeschichte. Das Werk soll künftig in 5 Bänden (statt wie bisher in 2 allzu starken) erscheinen. Es dürfte auch in der neuen Gestalt berufen sein, das gemeinsame Interesse aller mit juristischen Fragen Beschäftigten wachzurufen. Sein Studium sei besonders den Examenskandidaten ans Herz gelegt, denen es einen knappen, aber ausreichenden Ueberblick über die einzelnen Gebiete gewährt. Andere werden es zur Hand nehmen, wenn sie sich über ein ihnen fernliegendes Spezialgebiet zu orientieren wünschen.

46. Lucas, Dr. Hermann (Ministerialdirektor in Berlin), Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Berlin (Liebmann) 1913.

Teil I. Das formelle Strafrecht. 4. Aufl. 8,50 M., geb 9,50 M.

Teil II. Das materielle Strafrecht. 3. Aufl. 8 M., geb. 9 M.

Es gibt kein Buch, das so wie die Lucassche Anleitung geeignet ist, den kenntnisreichen jungen Juristen mit der strafrechtlichen Praxis vertraut zu machen. Es steht deshalb einzig in seiner Art da und sollte auch von denjenigen Referendaren durchgearbeitet werden, die während der Beschäftigung in Strafsachen mit Interesse und Fleiß den Verhandlungen gefolgt sind. Auch sie werden unendlich viel aus dem Buche gewinnen. Es ist aber auch ein vortrefflicher Ratgeber für die Praktiker. Das gilt besonders von dem zweiten Teil, der das materielle Strafrecht behandelt. Wenn die Richter diesen bei ihren Entscheidungen zur Hand nehmen würden, würde manches Urteil gegen Revisionsangriffe gefeit sein. Die rasche Aufeinanderfolge der Auflagen ist ein Beweis für die Güte des Buches. Da noch Jahre hingehen, bis ein neues Strafgesetzbuch in Kraft tritt, und bis die Strafprozeßreform abgeschlossen ist, wird es so bald nicht veralten. Die neuen Auflagen fußen auf dem neuesten Stand der Literatur, der Rechtsprechung und den zu beachtenden Preußischen Ministerialverfügungen.

47. Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. Leipzig (Roßberg) 1913.

A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. 11. Jahrgang 1912. Geb. 10 M.

B. Strafrecht und Strafprozeß. 7. Jahrgang 1912. Geb. 6 M.

Warneyers Jahrbuch ist das gebräuchliche Nachschlagewerk für den, der Auskunft haben will, ob im vergangenen Jahre zu einer Rechtsfrage in der Literatur und in den veröffentlichten Entscheidungen der Gerichte Stellung genommen ist. Die systematische Anlage des Werkes gestattet ein leichtes Auffinden. In den vorliegenden Bänden sind die Veröffentlichungen aus dem Herbst 1911 bis zum Oktober 1912 verarbeitet.

48. Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen. 4. Aufl. Berlin (Liebmann) 1913. 3 Bde. 77 M., geb. 85 M.

Das große Werk, auf dessen Erscheinen wir wiederholt aufmerksam gemacht haben, liegt jetzt abgeschlossen vor. Nach dem ursprünglichen Plan sollten es 2 Bände werden, es sind 3 geworden, weil in der Zwischenzeit mit der Reichsversicherungsordnung, dem Angestelltenversicherungsgesetz, dem Hausarbeitsgesetz, dem Zuwachssteuergesetz und anderen kleineren Gesetzen der Stoff so angewachsen ist, daß die Unterbringung in zwei Bänden zu unhandlichen Ausgaben geführt hätte. So sind es mehr als 120 wichtige Gesetze, die hier von Praktikern für die Praxis kommentiert sind, darunter zahlreiche, die sonst in Kommentaren nicht zu finden sind. Der Kommentar gehört zu den unentbehrlichen Büchern des Praktikers.

49. Sydow und Busch, Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 14. Aufl. Berlin (Guttentag) 1913. Geb. 8 M.

Die jetzt vom Reichsgerichtsrat Busch und seinem Sohn, dem Gerichtsassessor A. Busch besorgte Ausgabe der Zivilprozeßordnung ist die beste Handausgabe, die wir haben. In den Anmerkungen steckt ein unendlicher Reichtum an Material. Durch die Anlage der Ausgabe, namentlich durch den Druck, ist der Text gut herausgestellt, in den Anmerkungen das Wichtige herausgehoben. Für den täglichen Gebrauch hat der Praktiker nicht mehr nötig, als was hier gegeben wird. Das Buch ist so bekannt, daß es keiner weiteren Empfehlung bedarf. Nur der Hinweis auf die Ausgabe der neuen Auflage ist nötig.

50. Kaufmann (Justizrat in Magdeburg), Handelsrechtliche Rechtsprechung. Hannover (Helwing) 1913. 13. Bd. Geb. 6,75 M.

Alljährlich erscheint ein Band dieser Sammlung, der nicht nur über die Rechtsprechung, sondern auch über die Literatur des vergangenen Jahres orientiert, soweit sie auf handels- und gewerberechtlichem Gebiet liegt. Die vorliegende Ausgabe bezieht sich auf das Jahr 1912. In einigen Sätzen wird kurz der Tatbestand der Entscheidung gegeben, daran schließt sich der ausgesprochene Grundsatz und der Verweis auf die Fundquelle. So eingehend wie Kaufmann behandeln andere Sammelausgaben den Tatbestand nicht; es ist das ein Vorzug der Ausgabe, weil der Leser so leicht beurteilen kann, ob eine Entscheidung für das, was er sucht, von Wert ist.

51. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, einschließlich der Strafbestimmungen der Konkursordnung. Textausgabe mit Anmerkungen von Dr. J. Olshausen. 9. Aufl. Berlin (Vahlen) 1912. Gbdn. 1,50 M.

Die Ausgabe bringt den genauen zurzeit in Geltung stehenden Text mit Hinweisen auf sich berührende Vorschriften des Strafgesetzbuchs und auf andere Reichsgesetze, die den Zusammenhang des StrGB. mit der übrigen Gesetzgebung dartun. Sie dient zu schneller Orientierung und ist besonders geeignet für Studenten und Laien, die sich bald im Beruf, bald bei der Privatlektüre Klarheit über eine Bestimmung des Gesetzes verschaffen wollen. So sollte die kleine Ausgabe in keinem kaufmännischen Büro, in keiner Privatbibliothek fehlen. Der niedrige Preis erleichtert die Anschaffung.

52. Wendel (Assessor in Berlin), Kindesrecht und Kinderschutz (Sammlung Göschen). Berlin und Leipzig (Göschen) 1913. Geb. 0,90 M.

Eine zusammenfassende Darstellung aller in zahlreichen Gesetzen zerstreuten Bestimmungen, die sich mit dem Kinde befassen. Ein guter Führer für die Personen, die zur Vertretung und zum Schutz von Kindern berufen sind.

53. Schröder, Richard, Prof. Dr. in Heidelberg, Deutsche Rechtsgeschichte (Sammlung Göschen). Berlin und Leipzig (Göschen) 1913. Zusammen gebunden 1,70 M.

Eine gemeinverständliche kurze Darstellung der deutschen Rechtsgeschichte von der Urzeit bis zur Errichtung des Deutschen Reiches. Ausgeschieden ist die Geschichte des Privatrechts, während die Verfassungsgeschichte, die Rechtsquellen, das Strafrecht und Gerichtsverfahren berücksichtigt sind. Die kirchlichen Verhältnisse sind nur gelegentlich berührt. Das kleine Werk ist für jeden Gebildeten und besonders für Studierende berechnet. Wer tiefer eindringen will in die Rechtsgeschichte, muß zu anderen Büchern greifen. Der Wert des Buches liegt darin, daß es von einem Gelehrten geschrieben, auf dessen Studien man sich verlassen kann.

54. Liliput-Ausgabe der Reichsversicherungsordnung und des Versicherungsgesetzes für Angestellte. Berlin (Liebmann) 1913. Geb. 1,50 M.

Die Liliputausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches ist eingeschlagen; in 74000 Exemplaren ist sie bereits aufgelegt. Die Reichsversicherungsordnung gehört auch in die Hand eines jeden werktätigen Bürgers. Es ist daher ganz richtig kalkuliert, wenn angenommen wird, daß eine handliche, billige Miniaturausgabe Absatz finden wird. Auch wer eine größere Handausgabe hat, wird Liliput gern mitnehmen in Sitzungen, zu Vorträgen und auf Reisen. Der Name des Verlegers bürgt dafür, daß der Abdruck zuverlässig ist.

55. Reinhard, Paul (Landgerichtspräsident in Leipzig), Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. 4. Aufl. Leipzig (Roßberg) 1913. Geb. 7,50 M.

Schon in der ersten Auflage fiel die Reinhardsche Handausgabe durch eine vortreffliche Einleitung auf, die den Leser in die Grundgedanken des schwierigen Gesetzes hineinführte. Inzwischen ist die Ausgabe gewachsen, weil sie zu den vielen Streitfragen Stellung nehmen mußte, die im Schrifttum aufgetaucht sind. Sie tut dies in knappster Form. Sie stellt keine Sammlung von Entscheidungen dar, wahrt indessen den Charakter einer wissenschaftlichen Bearbeitung des Gesetzes. Sie kann dem Praktiker aufs wärmste empfohlen werden.

56. Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben von Prof. Dr. Strohal in Leipzig in Verbindung mit Prof. André, Oberlandesgerichtsrat Dr. Flad, Wirkl. Geh. Ober-Justizrat Greiff, Prof. Dr. Knoke, Prof. Dr. Mendelssohn-Bartholdy, Prof. Dr. Siber, Reichsgerichtsrat Dr. Strecker und Senatspräsident Dr. Unzener, 4. Aufl. Berlin (Guttentag) 1913. 1. Band, 1. Hälfte (§ 1—122) 7 M.

Nach einer längeren Reihe von Jahren beginnt soeben der bekannte Kommentar wieder in neuer Auflage zu erscheinen. Prof. Strohal hat die Führung übernommen, in Flad, Knoke, Mendelssohn und Siber sind neue Mitarbeiter gewonnen worden. Was der Plancksche Kommentar für die Auslegung des Gesetzbuches bedeutet, braucht nicht besonders erörtert zu werden. Auch in der neuen Gestalt, die eine völlige Neubearbeitung darstellt, dient er in erster Linie dazu, die wissenschaftliche Arbeit am bürgerlichen Recht zu fördern, und so behält er auch neben Staudinger seine Bedeutung, der neben dem grundsätzlich Wichtigen mehr auf das in den Entscheidungen der Gerichte vorliegende Einzelmaterial eingeht. Die neue Auflage hat entsprechend der Fülle neuen Materials eine erhebliche Erweiterung erfahren. Die weiteren Lieferungen sollen binnen kurzer Frist erscheinen.

57. Warneyer, Dr. Otto (Amtsgerichtsrat in Leipzig), Konkursordnung. Leipzig (Roßberg) 1913. Geb. 3 M.

Bei der Ueberschwemmung des Büchermarktes mit Gesetzesausgaben konnte es auffallen, daß eine größere Handausgabe der Konkursordnung in der Art, wie es die alte Wilmowitz-Levysche war, fehlte. Jetzt tritt eine Handausgabe von Warneyer auf den Plan, in der die Konkursordnung durch die Materialien und die Rechtsprechung erläutert und auf die Literatur hingewiesen wird. Man kennt die Warneyerschen Ausgaben zum BGB. und zur ZPO. Ganz wie dort, wird hier das Gesetz erläutert. Bei den Gerichten wird sich die Ausgabe bald einbürgern, aber auch für Studenten wird sie sehr geeignet sein.

58. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze. Es liegen neue Ausgaben von folgenden Gesetzen vor:

Grundbuchordnung bearbeitet von Prof. Dr. O. Fischer in Berlin. 6. Aufl. 1913. Geb. 2 M.

Wechselordnung sowie Wechselstempelgesetz, bearbeitet von Dr. M. Stranz. 11. Aufl. 1913. 4 M.

Genossenschaftsgesetz bearbeitet von Dr. Hans Crüger. 14. Aufl. 1912. 1,80.

Deutsches Gerichtskostengesetz nebst Gebührenordnungen für Gerichtsvollzieher und für Zeugen und Sachverständige, bearbeitet von Reichsgerichtsrat A. Busch mit Gerichtsassessor A. Busch. 9. Aufl. 1912. 2,60 M.

Die Neubearbeitungen berücksichtigen die inzwischen bekannt gewordene Rechtsprechung und ziehen die Literatur in den durch den Zweck der kleinen Kommentare gegebenen Grenzen in Betracht. Sammer.

59. Stein, Friedrich, Grundlagen der Zwangsvollstreckung. Tübingen (Mohr) 1913. 116 S. 2,45 M.

Der berühmte Kommentator der ZPO. hat in manchen Einzelfragen der Zwangsvollstreckung seine Ansicht aus gleichen grundsätzlichen Erwägungen geändert und gibt deshalb hier gewissermaßen als Einleitung zum betreffenden Abschnitt einer Neuauflage seines Kommentars eine diesen Erwägungen entsprechende Darstellung der „Bedeutung des Anspruchs für die Zwangsvollstreckung" und „der Zwangsvollstreckung in Geldforderungen"; und zwar bespricht er ebenso geistvoll als lehrreich 1) Staat und Gläubiger, Titel, Anspruch; 2) Pfändung und Pfandrecht; 3) Zwangsverwertung, insbesondere Grundlage, Akt, Recht am Erlöse, Recht auf den Erlös; 4) materielle Ansprüche des Schuldners und Dritter im Anschluß an die Vollstreckung und außerdem noch Verteilungsverfahren sowie Stellung des Gerichtsvollziehers. Die Schrift bildet ein treffliches Lehrbuch der gerichtlichen Zwangsvollstreckung.

Insbesondere hebt St. hervor, die Zwangsvollstreckung habe zu ihrer Grundlage die vollstreckbare Urkunde, nicht den in dieser verlautbarten materiellen Anspruch, und erfolge deshalb rechtmäßig und rechtswirksam auch bei Mängeln, selbst bei Mangel solchen Anspruchs; nicht der Gläubiger, sondern der Staat vollstrecke; dieser verstricke, veräußere, vereinnahme und verteile den Erlös, alles kraft öffentlichen Rechts und in öffentlichem Recht und, wie durch den Amtsrichter gleichermaßen durch den Gerichtsvollzieher; er übertrage die Pfandsache daher auch stets — ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben des Erstehers — zu Eigentum.

Sehr zu billigen möchten insbesondere auch St.s Folgerungen sein, daß der Gläubiger als Beklagter des § 771 ZPO. dem siegenden Kläger nicht ohne weiteres für die Kosten dieses Zwischenverfahrens hafte, und daß der Gerichtsvollzieher, soweit er als Vollstreckungsorgan handelt, nur gleich dem Vollstreckungsrichter hafte.

Keineswegs aber kann der Unterzeichnete zwei Sätze St.s billigen, welche nicht Folgerungen aus Obigem sind und mit Obigem, wie es scheinen möchte, sogar in Widerspruch stehen.

Erstens soll das Pfändungsrecht unter keinen Umständen Gut Dritter ergreifen können, weil nach den Rechten für eine Schuld nur Vermögen des Schuldners hafte. Aber kann nicht im Laufe des Erkenntnisverfahrens aus Unrecht Recht werden? Kann da nicht ebensogut im Laufe des Zwangsvollstreckungsverfahrens aus anfechtbarer Pfändung gültiges Pfandrecht entstehen? Außerdem sind doch außer § 1205 BGB. auch die §§ 366, 510, 623, 751, 755, 679 zu beachten.

Zweitens soll der eingezahlte Versteigerungserlös Eigentum des bisherigen Eigentümers der versteigerten Sache werden, weil dies immer gegolten habe und selbstverständlich der Erlös an die Stelle der Sache trete. Es ist aber wohl meistens das Gegenteil für Rechtens erachtet, wie z. B. erhellt aus Rob. Schneider in Z. f. Rpfl. und Verw. des Kgrch. Sachsens N. F. 12, 498, Wetzeil, System, § 50 Anm. 41, Richard Schmidt Lehrbuch, § 146 IV c. Und wenn der Erlös an Stelle der Sache in das Pfandverhältnis eintritt, so folgt daraus ganz und gar nicht, daß er auch in andere bisherige Rechtsverhältnisse der Sache, wie z. B. das Eigentum, eintritt; denn die Versteigerung erfolgt eben nur für den Gläubiger und soll nur eine Wandlung seiner Rechte bringen, und zwar ohne Schmälerung seiner Sicherheit.

60. Für das selbständige Notariat. Eine finanzpolitische Betrachtung von Justizrat Dr. Schulze-Delitzsch. Hannover (Helwing) 1913. 28 S. 1 M.

S.-D. schwärmt für Nur-Notare und will völlige Abschaffung des Anwalt-Notariats sowie Zuweisung des gesamten Urkundswesens an die Nur-Notare der preußischen Regierung dadurch besonders schmackhaft machen, daß er ihr daraus einen jährlichen Gewinn von 10 Mill. M. berechnet. Einen weiteren Gewinn von mehr als einer Million Mark jährlich berechnet S.-D. der preußischen Regierung daraus, wenn sie, wie er rät, das Vormundschaftswesen auf die Gemeinden übertragen und die etwa 30 kleinen Amtsgerichte aufhöbe, welche durch die vorgeschlagenen

Maßregeln mehr oder weniger beschäftigungslos sein würden. Man möge immerhin für die großen Städte noch mehr Nur-Notare einführen und auch den Staat mehr an dem Uebermaß des Verdienstes preußischer Notare teilnehmen lassen; übrigens behüte uns der Himmel davor, daß man die Sorge für heilige Interessen des Volkes nur oder wesentlich fiskalisch betreibt.

61. Das Offenbarungseidverfahren nach der Zivilprozeßordnung, von Dr. Viktor Lubowski, Landrichter. Berlin (F. Vahlen) 1913. 50 S. 1 M.

Dem kleinen Lehrbuch des Konkursverfahrens, welches L. im gleichen Verlage 1911 erscheinen ließ, steht die gegenwärtige Schrift sehr nach. Sie enthält nicht, was man nach dem Titel vermuten darf, eine systematische Darstellung des Offenbarungseidverfahrens, sondern — dem Vorwort gemäß — nur eine kurze Skizze desselben, welche nicht einmal dessen Wesen als Stück der Zwangsvollstreckung feststellt, steht offensichtlich noch auf dem vom Unterzeichneten in seinem kleinen Buche „Der Offenbarungseid im Reichsrecht" vor der Novelle vom 17. 5. 98 verteidigten Standpunkt regelmäßiger Notwendigkeit mündlicher Verhandlung, und bespricht daher die einzelnen Fragen, welche nach dem Vorwort der eigentliche Gegenstand der Schrift sind, nicht immer glatt und wohl auch nicht immer richtig. Diese Fragen betreffen den Arrestbefehl, die einstweilige Verfügung, Fruchtlosigkeit der Zwangsvollstreckung § 775 ZPO., § 903 ZPO., Konkurs, Anspruch, Eidesergänzung, Haftantrag, Haftbeschluß, Haftaufhebung, Haftsistierung, Verkündung und Zustellung der Beschlüsse, § 902 ZPO., Einsicht in das Vermögensverzeichnis, Streitwert. Leider fehlt hier der Raum, auf die einzelnen Erörterungen einzugehen.

62. Wolff, Dr. j. Oskar Anton, Das Recht der geschiedenen Mutter nach dem deutschen BGB. München und Leipzig (Duncker & Humblott) 1913. VIII und 74 S. 2 M.

In klarer, einfacher Sprache, mit Verstand und Herz und unter Berücksichtigung des gesamten einschlagenden Schrifttums stellt das Buch zunächst dar „das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und gemeinsamen ehelichen Kindern bei bestehender Ehe" (S. 3—16), hierauf die „Regelung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern während der Dauer des Scheidungsprozesses" (S. 19—21) und sodann „das Rechtsverhältnis zwischen geschiedenen Eltern (insbesondere der Mutter)" und „die gemeinsamen ehelichen Kindern" (S. 22—73); dieser Hauptteil behandelt zuerst das persönliche und zu zweit das vermögensrechtliche Verhältnis (S. 22—63 bzw. S. 63—74), und zwar in ersterer Beziehung 1) die Sorge für die Person, insbesondere deren gewöhnliche Regelung, besondere Maßregeln, Verträge, neue Ehe der Mutter, Tod eines der Eltern (S. 22—49), 2) das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde (S. 49—57), prozessuale Durchführung der aus §§ 1635, 1636 BGB. fließenden Rechte (S. 57—63).

W. erkennt mit Freuden an, wie das BGB. mannigfach Rechte gegen das Kind in Pflichten gegen das Kind gewandelt und Vorrechte des männlichen Geschlechts beseitigt hat, meint aber — wohl nicht mit Unrecht — daß das BGB. die geschiedene Mutter im Verhältnis zum geschiedenen Vater immer noch ungünstiger gestellt habe, als sie es verdiene (S. 25/26, 26/27, 46/47, 47/48, 66/67) und daß dies der Hauptgrund sei, weshalb die Ordnung zwischen den geschiedenen Eltern betreffs der Kinder so unleidlich künstlich ausgefallen, wie geschehen. Zu allen den hierdurch entstandenen zahlreichen Streitfragen nimmt die Schrift Stellung, nach Ansicht des Unterzeichneten fast immer richtig.

63. Ulrich, Dr. j. G., Die rechtliche Natur des Lebensversicherungsvertrages. Braunschweig (C. Appelhans & Co.) 1913. 47 S. 1 M.

Die mit Genehmigung der Breslauer Juristenfakultät gedruckte und wirklich tüchtige Doktorschrift enthält auf S. 4—12 das Verzeichnis des bezüglichen Schrifttums, nach kurzer Einleitung auf S. 15—28 gute Darstellung und Kritik der

mannigfachen bezüglichen Theorien und auf S. 28—44 die Darlegung, daß der Lebensversicherungsvertrag nicht auf Ersatz irgendwelchen Schadens, sondern auf Zahlung bestimmter Summe zu vorsorglich vorgesehener Zeit gehe und daher allerdings ein Versicherungsvertrag im weiteren Sinne des Wortes, aber nicht im Sinne der herrschenden Schadensersatz-Eigenschaft fordernden Theorie sei.

64. v. Rohland, W., Geh. Hofrat und Professor in Freiburg i. B. Die soziologische Strafrechtslehre; eine Kritik. Leipzig, Meiner (W. Engelmann) 1911. VIII u. 136 S. 4 M.

Diese in Birkmeyers und Naglers „kritische Beiträge zur Strafrechtsreform" eingefügte Abhandlung stellt zunächst die sog. klassische Strafrechtswissenschaft dar als Theorie einer Vergeltung für Bruch der Rechtsordnung im Dienst der Gerechtigkeit und die sozialwissenschaftliche Strafrechtswissenschaft als Theorie eines Schutzes der Gesellschaft durch Abschreckung, Besserung und Unschädlichmachung oder einer Reaktion gegen antisoziales Verhalten. Sie führt sodann weitläufig aus: nach den Soziologen sei die Strafe nicht, was sie sein müsse, Vergeltung bestimmter schuldhafter Uebeltat mit einem entsprechenden Uebel für den Täter, sondern Uebel-Zufügung in Rücksicht auf die Zukunft; wenn die Soziologen eine bestimmte Uebeltat als Voraussetzung einer Strafe deshalb verlangten, weil durch sie strafwidrige antisoziale Gesinnung bewiesen werde, so vergäßen sie, daß solcher Beweis doch auch anderweit erhellen könne, und daß sie doch auch berücksichtigten, ob die Tat vollendet oder nur versucht sei, ob sie die Rechtsordnung in großem oder geringem Maße breche, u. dgl.; dem Verschulden könne weder Ursachlichkeit noch Gefährlichkeit noch Beziehung zwischen Psyche und Erfolg, noch die aus der Tat erkennbare antisoziale Gesinnung gleichgestellt werden; wenn Liszt Zurechnungsfähigkeit als Fähigkeit zu sozialem Verhalten erkläre, so verwechsle er sie mit sozialer Brauchbarkeit, wenn er sie ferner als Empfänglichkeit für die durch die Strafe bezweckte Motivsetzung erkläre, so müsse er manchesmal Geisteskranke verurteilen und Gewohnheitsverbrecher freisprechen; und wenn er sie schließlich auch als normale Determinierbarkeit erklärt, so stehe dem entgegen, daß es hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeit nicht um Passivität, sondern nur um Aktivität sich handele, und daß, da nach sozialistischer Lehre die Verbrecher ohne similitude sociale und anormal sein, alle freigesprochen werden müßten; nach sozialistischer Lehre sollte ferner die Strafe Gelegenheitsverbrecher abschrecken, besserungsfähige Gewohnheitsverbrecher bessern, unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher durch Ausscheidung unschädlich machen; weshalb wolle man nicht Gelegenheitsverbrecher bessern und Gewohnheitsverbrecher abschrecken? Hier sei Wirrwarr in der Theorie des Strafzwecks, der sich noch vergrößere, wenn man mit Liszt in alle drei Verbrecherklassen noch je eine Unterart der Minderjährigen einführe; weiter könne Schutzbedürfnis auch ohne besondere Uebeltat vorliegen oder nach solcher, sogar durch solche wegfallen, oft auch gar nicht in Verhältnis stehen zu Schwere oder Geringfügigkeit der Uebeltat; ferner könnten Verbrecher nicht-antisozial sein, Nicht-Verbrecher antisozial, und keineswegs könne stets aus der Uebeltat auf die ganze Persönlichkeit des Täters geschlossen werden; auch begründe antisoziales Wesen keinen besonderen Verbrechertypus und soziale Verantwortlichkeit sei nicht strafrechtliche Verantwortlichkeit, da sie nicht auf Pflichtverletzung Bezug habe.

Es folgt sodann noch auf den S. 118—127 eine Gegenüberstellung der soziologischen und der „juristischen" Lehre von der Strafe, auf den S. 128—133 eine Erörterung über „soziologische und juristische Betrachtungsweise" und auf S. 133—134 als Schlußwort eine Anerkennung von Verdiensten der soziologischen Strafrechtswissenschaft.

Soviel der Unterzeichnete der Schrift Recht geben muß, so kann er doch nicht glauben, daß sie Anhänger der soziologischen Strafrechtswissenschaft dieser entziehen wird.

Hannover. W. Ch. Francke.



Abhandlungen, Besprechungen von Rechtsfällen.

Zur Abgrenzung der „Entscheidung des Beschwerdegerichts" in § 27 FGG.

Von Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg i. Br.

Nach § 27 FGG. ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig gegen die „Entscheidung des Beschwerdegerichts". Diese Vorschrift hat zu mehrfachen Zweifeln Anlaß gegeben.

1. OLG. Colmar; Rspr. 14, 266; Recht 07, 259 N. 516: Das Vormundschaftsgericht hatte den Antrag des Oheims des Mündels auf Entlassung des Vormundes abgelehnt; auf seine Beschwerde hatte das Landgericht die Verfügung des Amtsgericht aufgehoben und die Sache zur besseren Aufklärung und anderweiten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen. Gegen diesen Beschluß legte der Vormund weitere Beschwerde ein, die das OLG. zurückwies mit der Begründung: Der Beschwerdebeschluß enthalte keine materielle Entscheidung, sondern bezwecke nur, das Vormundschaftsgerichts zur Vervollständigung seiner Ermittelungen und zur nochmaligen Prüfung auf Grund des neu gewonnenen Materials zu veranlassen. Hierdurch sei weder ein Recht des Beschwerdeführers noch das Interesse des Mündels beeinträchtigt oder verletzt. —

Dieser Entscheidung ist nicht beizustimmen. Das FGG. hat keine ausdrückliche Vorschrift darüber, wie das Beschwerdegericht bei Erledigung einer Beschwerde zu verfahren hat, insbesondere nicht darüber, ob es, wenn es die Beschwerde begründet befindet, in der Sache selbst die Entscheidung zu treffen hat, oder ob es sich auf bloße Aufhebung der Entscheidung des Amtsgerichts beschränken und an dieses die Sache zur anderweiten Entscheidung zurückverweisen kann; auch die bloße Aufhebung und Zurückverweisung ist eine „Entscheidung" i. S. des § 19 Abs. 2. Der § 12 besagt nur, daß wenn dem Beschwerde-

gericht Ermittelungen obliegen, es sie von Amts wegen zu veranstalten hat, und steht also einer Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht zur anderweiten Entscheidung nach Anstellung der etwa erforderlichen Ermittelungen nicht entgegen. Danach hat das Beschwerdegericht die Wahl, entweder in der Sache selbst zu entscheiden oder die Sache zur anderweiten Entscheidung zurückzuverweisen. Vgl. Josef in GruchotsBeitr. 55, 63—85.

Die zurückverweisende Beschwerdeentscheidung hat für das Verfahren die Wirkung, daß sie das Verfahren des Beschwerdegerichts beendigt und die devolutive Wirkung der Beschwerde aufhebt, zugleich aber die Befugnis und Pflicht der ersten Instanz begründet, sich der Behandlung und Entscheidung der Sache von neuem zu unterziehen. Es beginnt im Umfang der Zurückverweisung ein neues erstinstanzliches Verfahren. So mit Recht Unger in ZZP. 41, 163. Ist das aber richtig, dann ist diese Zurückverweisung eine Entscheidung des Beschwerdegerichts i. S. des § 27, also die weitere Beschwerde gegen sie zulässig, die dem Vormund im eigenen Namen wie namens des Mündels zusteht; er macht mit ihr geltend, daß sein und des Mündels Recht insofern beeinträchtigt sei, weil die Beschwerdeentscheidung bei richtiger Anwendung des Gesetzes die gegen die Verfügung des Amtsgerichts eingelegte Beschwerde hätte zurückweisen müssen. Für die Zulässigkeit der weiteren Beschwerde spricht ferner, daß auch im Zivilprozeß als Endurteil i. S. des § 545 ZPO. der Revision unterliegen die Urteile des Berufungsgerichts, die auf Grund der §§ 538, 539 ZPO. die Zurückverweisung in die erste Instanz aussprechen (RG. 17, 359; 24, 431).

2. KGRspr. 8, 236; ZBlFG. 4, 722 N. 652. In einer Auseinandersetzung, bei der Minderjährige beteiligt waren, waren dem Beschwerdeführer Hypotheken überwiesen. Das Amtsgericht lehnte den Antrag auf Umschreibung ab, weil die Auseinandersetzung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedurft habe. Das Landgericht hob diese Verfügung auf. und wies die Sache an das Amtsgericht zurück zur Prüfung, ob zum Nachlaß Grundstücke gehörten, da nur unter dieser Voraussetzung die Genehmigung erforderlich sei. Nachdem das Amtsgericht das Vorhandensein dieser Voraussetzung festgestellt hatte, lehnte es abermals die Eintragung ab. Nunmehr legte der Beschwerdeführer gegen den früheren landgerichtlichen Beschluß weitere Beschwerde ein. Das KG. erachtete sie für zulässig mit der Begründung: Allerdings sei die zurückverweisende Verfügung vom Amtsgericht erlassen; aber sie beruhe auf dem Beschluß des Landgerichts, der unter der Voraussetzung, daß ein Grundstück zum Nachlaß gehöre, die Genehmigung

für erforderlich erklärt habe, und stelle sich mithin nur als eine Ausführung des landgerichtlichen Beschlusses dar. Daher unterliege dieser Beschluß, obwohl er die Entscheidung des Amtsgerichts aufhebt und die Sache zur erneuten Prüfung an das Amtsgericht zurückweist, in Verbindung mit der neuerlichen Verfügung des Amtsgerichts der weiteren Beschwerde.

Gegen diese Entscheidung wendet sich Unger in ZZP. 41, 163; er hält die weitere Beschwerde gegen die neue Verfügung des Amtsgerichts nicht für zulässig, da es darauf hinaus komme, daß der Beschwerdeführer nicht eine Entscheidung, sondern einen Entscheidungsgrund anfechte. Diese Erwägung Ungers ist, wie sofort zu zeigen, zwar nicht stichhaltig. Es ist aber der Entscheidung des KG. aus einem anderen Grund nicht beizutreten.

Durch § 19 ff. ist dem Landgerichte nur die Entscheidung über die Beschwerde übertragen, nicht aber die Ausführung der Entscheidung; diese Ausführung liegt vielmehr nach den allgemeinen Vorschriften dem Amtsgericht ob. Das Beschwerdegericht kann also zwar anordnen, daß das Amtsgericht den Vormund zu entlassen habe; aber das Beschwerdegericht kann nicht selbst die Entlassung vornehmen (Josef, a. a. O. 70). In diesen Fällen, wo die Verfügung des Amtsgerichts nur eine Ausführung der Beschwerdeentscheidung ist, ist diese letztere mit der weiteren Beschwerde anzufechten. In den eben gedachten Fall muß der Vormund also die Anordnung der Entlassung durch (sofortige) weitere Beschwerde anfechten, und nicht etwa die vom Amtsgericht ausgesprochene Entlassung, die nur eine Befolgung der Anweisung, nicht eine selbständige Entschließung des Amtsgerichts ist[1]).

Ganz anders in dem oben vom KG. entschiedenen Fall: Das Amtsgericht hatte in Befolgung der Beschwerdeentscheidung geprüft, ob zum Nachlaß Grundstücke gehören; es hatte dies bejaht und daraus gefolgert, daß die Auseinandersetzung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfe. Das war eine neue, durchaus selbständige Entscheidung, die das Amtsgericht gemäß der ihm obliegenden rechtlichen und tatsächlichen Prüfung erließ, nicht (wie die oben erwähnte Entlassung des Vormundes) eine bloße Ausführung der Beschwerdeentscheidung. Folglich war die (erste) Beschwerde gegen diese neue

---

1) KGJ. 29, 11. Ist aber auf Grund der Beschwerdeentscheidung eine Eintragung erfolgt, so ist gegen erstere auch die weitere Beschwerde unzulässig, da gegen eine Eintragung die Beschwerde (also auch die weitere Beschwerde) überhaupt nicht stattfindet; § 71 Abs. 2 S. 1 GBO. KGJ. 31, 239 = RJA. 6, 247 = Recht 06, 522 N. 1244; KG in DJZ. 08, 1172.

Entscheidung des Amtsgerichts zu erheben, nicht aber gegen die Beschwerdeentscheidung die weitere Beschwerde. — Gegen die Zulässigkeit dieser spricht auch eine andere Erwägung: Wenn das Amtsgericht auf Grund der Beschwerdeentscheidung eine neue Verfügung erlassen hat, so ist die etwa in der Beschwerdeentscheidung enthaltene Unrichtigkeit in die spätere neue Verfügung des Amtsgerichts übergegangen, so daß der Bestand und die Fortwirkung der Beschwerdeentscheidung vollständig aufgehoben ist. In solchem Fall ist die Anfechtung der Beschwerdeentscheidung aber zwecklos, folglich unzulässig; die Beseitigung der in ihr enthaltenen Unrichtigkeit ist durch Anfechtung der späteren Verfügung nachzusuchen [1]).

3. BayObLG.Rspr. 16, 59; ZBlFG. 8, 255; Recht 07, 769 N. 1674: Die im Testament eingesetzten Neffen des Erblassers hatten die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, waren aber darüber nicht einig, ob sie nach Kopfteilen oder Stammteilen eingesetzt seien. Aus diesem letzteren Grunde lehnte das Nachlaßgericht die Erteilung des Erbscheins ab, wurde aber auf Beschwerde vom Landgericht zur Erteilung angewiesen; hierbei überließ das Beschwerdegericht dem Nachlaßgericht die Bestimmung der Größe der Erbteile. Nunmehr erteilte das Nachlaßgericht den Erbschein dahin, daß die Neffen nach Kopfteilen Erben seien. Die hiergegen eingelegte weitere Beschwerde erachtete das OLG als unzulässig: der Inhalt des erteilten Erbscheins sei nicht vom Beschwerdegericht, sondern vom Nachlaßgericht bestimmt worden; mit der weiteren Beschwerde werde daher nicht die Entscheidung des Beschwerdegerichts, sondern die des Nachlaßgerichts angefochten; folglich sei gegen diese die (erste) Beschwerde zu erheben gewesen, die weitere Beschwerde danach unzulässig. Ob das Beschwerdegericht sich darauf beschränken durfte, die Erteilung des Erbscheins anzuordnen, oder ob es nicht auch den Inhalt des Erbscheins hätte feststellen müssen, könne dahingestellt bleiben; denn die weitere Beschwerde bezwecke nicht die Ergänzung, sondern die Aufhebung der Beschwerdeentscheidung.

Hiergegen führt Unger in ZZP. 41, 397 Anm. 51 aus: die Beschwerdeentscheidung habe eine teilweise Zurückverweisung bedeutet und da sie ohne Einschränkung angefochten war, so hätte das OLG. auch über die Zurückverweisung entscheiden müssen.

Dieser Widerspruch Ungers ist nicht gerechtfertigt.

---

1) Vgl. über diesen Rechtssatz Unger in ZZP. 36, 79 und Josef, FGG. (2), Anm. 1 unter G zu § 19 (S. 68).

Aus § 19 FGG. folgt, daß die Beschwerde nur in dem Umfange zulässig ist und dem Landgerichte die Entscheidung nur in demselben Umfange zusteht, in dem die Verfügung des Amtsgerichts ergangen ist. Das Beschwerdegericht kann also die Entscheidung nur so weit treffen, als das Amtsgericht sich bereits mit der streitigen Frage befaßt hat und seine Entscheidung nicht auf Fragen ausdehnen, über die eine Verfügung des Amtsgerichts noch nicht vorliegt. Denn Fragen dieser letzteren Art konnte der Beschwerdeführer gar nicht zum Gegenstande der Beschwerde machen. Josef, a. a. O. 69. Nun hatte in unserem Fall das Amtsgericht die Erteilung des Erbscheins abgelehnt, weil die Erben über ihre Erbanteile uneinig waren. Daher konnte das Beschwerdegericht lediglich dahin entscheiden, daß dieser Versagungsgrund hinfällig sei, danach der Erbschein zu erteilen sei; über den Inhalt des Erbscheins konnte das Beschwerdegericht keine Entscheidung treffen, weil über den Inhalt ja noch gar keine Entscheidung des Amtsgerichts vorlag. Die Beschwerdeentscheidung enthielt also nicht, wie Unger annimmt, eine „Zurückverweisung“ in die Instanz, sondern den endgültigen Ausspruch in der Sache selbst. Nunmehr hatte das Amtsgericht selbständig weiter zu entscheiden, und gegen diese seine weitere Verfügung konnte wieder nur die (erste) Beschwerde erhoben werden, keinesfalls aber die weitere Beschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung, die sich mit der Frage, die das Nachlaßgericht im neuen Verfahren zu entscheiden hatte (nämlich über die Höhe der Erbteile) noch gar nicht beschäftigt hatte.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

a) Der Beschluß des Beschwerdegerichts, durch den dieses die Sache zwecks anderweiter Entscheidung an das Amtsgericht zurückverweist, beendigt das Verfahren des Beschwerdegerichts und begründet ein neues Verfahren erster Instanz. Eine solche Zurückverweisung ist folglich eine „Entscheidung des Beschwerdegerichts“ i. S. des § 27 FGG. und danach gegen sie die weitere Beschwerde zulässig.

b) Eine solche Zurückverweisung begründet für das Amtsgericht die Pflicht, unter Zugrundelegung der beschwerdegerichtlichen Rechtsansicht eine neue Entscheidung zu erlassen. Da dem Amtsgericht sonach eine neue selbständige Verfügung obliegt, so findet zur Beseitigung dieser wiederum die Beschwerde an das Landgericht statt, nicht aber die weitere Beschwerde gegen die Beschwerdeentscheidung. — Eine blose Zurückverweisung liegt aber nicht vor, wenn das Beschwerdegericht in der Sache selbst entschieden hat, dem Amtsgericht aber die Ausführung der Entscheidung (z. B.

der vom Beschwerdegericht angeordneten Entlassung des Vormundes) obliegt; in diesem Fall ist die Beschwerdeentscheidung mit der weiteren Beschwerde anzufechten, nicht die Ausführungsmaßregel des Amtsgerichts.

c) Die Beschwerde findet nur in dem Umfang statt, in dem bereits das Amtsgericht eine Verfügung getroffen hat. Hat dieses also die Erteilung des Erbscheins als gesetzlich unzulässig abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht nur die Zulässigkeit der Erteilung aussprechen, nicht aber über die Höhe der einzelnen Erbteile entscheiden. Diese Entscheidung liegt lediglich dem Amtsgericht, ob und zur Beseitigung der neuen diesbezüglichen Entscheidung des Amtsgerichts findet wieder nur die erste Beschwerde statt, nicht aber die weitere Beschwerde gegen die ergangene Beschwerdeentscheidung.

Strafantrag und Gesetzeswechsel nach deutschem Reichsrecht.

Von W. Ch. Francke, Oberlandesgerichtsrat a. D.

I. Der Wechsel von Reichsgesetzen bezüglich des Strafantrages.

Als das DStGB. für 28 nach ihm strafbare Handlungen aussprach „Die Verfolgung findet nur auf Antrag statt" und in seinen §§ 61—65 für solchen Antrag Frist, Zuständigkeit, Tragweite, Zurücknahmemöglichkeit und Wirksamkeit bestimmte, war dies bezüglich der meisten dieser Handlungen in den meisten Gebieten des Norddeutschen Bundes und sodann in den anderen Gebieten des Deutschen Reiches vollständige Neuerung. Wenn auch nicht so umfangreich wie dieser Gesetzeswechsel, aber gleichwohl für die Praxis sehr erheblich, war derjenige Wechsel, welchen das Gesetz vom 26. Februar 1876 dem Strafantrage brachte: Die Handlungen der §§ 176, 177, 223 a, 292 und 296 DStGB. wurden ohne Antrag verfolgbar und die Zurücknahme des Antrages wurde auch hinsichtlich der Handlungen der §§ 102, 103, 104, 194, 232, 292, 370^{5}, ^{6}, sowie der §§ 247, 263 und 303 für zulässig erklärt (hinsichtlich der drei letztgenannten nur gegenüber Angehörigen, bzw. ähnlich nahestehenden Personen). Abgesehen davon, daß die DStPO. für die nur auf Antrag verfolgbaren Beleidigungen und Körperverletzungen den Antragsberechtigten die Privatklage gab, brachten die Vorschriften, welche sie über den Strafantrag hat — die Vorschriften der §§ 127^{2}, 131^{1}, 156^{2}, 259^{2} betreffs vorläufiger Festnahme, Verhaftung, schriftlicher Form und

Einstellung des Verfahrens — für die meisten Gebiete des Deutschen Reiches nur unerhebliche Neuerungen. Für das gesamte Reich dagegen kam durch die §§ 93, 96 SeemannsO. vom 2. Juni 1902 die Neuerung der Möglichkeit einer Zurücknahme der für die Verfolgung bestimmter seemännischer Uebertretungen erforderlichen Strafanträge. So unerheblich für die Allgemeinheit dieser letztere Gesetzeswechsel war, so erheblich ist für dieselbe derjenige, welcher mit dem 5. Juli 1912 hinsichtlich des Strafantrages betreffs Hausfriedensbruches, Diebstahls, Unterschlagung und Betrug durch das Gesetz vom 19. Mai 1912 Nr. 1, 5 und 6 ins Leben getreten ist. Denn hiernach ward nicht nur auch der bewaffnete, sowie der gemeinschaftliche Hausfriedensbruch nur auf Antrag verfolgbar und in allen Fällen des Hausfriedensbruches der Antrag zurücknehmbar, sondern es ward auch Diebstahl, Unterschlagung und durch Betrug bewirkte Erlangung geringwertiger Gegenstände, wenn aus Not geschehen, nur noch mit Geldstrafe bis 300 Mk. oder Gefängnis bis 3 Monat bedroht und für nur auf Antrag verfolgbar erklärt.

Der Gesetzeswechsel von 1871/72 verursachte große Verschiedenheit in den auf Strafantrag bezüglichen Erkenntnissen und großen Streit unter den Schriftstellern. Man stritt und urteilte verschieden insbesondere über die Frage: „Sind die den Strafantrag betreffenden Vorschriften des DStGB. materielle oder prozessuelle? — Letzteres behaupteten insbesondere Koch in GoldtArch. 19, 161 ff. u. 728 ff.; Heintze das. 386 ff.; Nessel in Antragsberechtigungen 9 ff. (1873); Fuchs in GoldtArch. 20, 433 ff. und in „Anklage usw." 14; Kaiser und Dochow bei Holtzendorff 4, 42 ff. u. 241 ff.; Pape in der Allg. D. Srafrechts Ztg. 12, 217 ff.; Oppenhof zu §§ 61—64 DStGB.; die Oberappellationsgerichte Rostock und Berlin laut GoldtArch. 19, 606 ff. u. 263 f., sowie das Obertribunal Berlin in einer Menge, besonders von Oppenhof in seiner Anmerkung 16 zu § 2 DStGB. aufgeführten Entscheidungen. Dagegen behaupteten ersteres v. Bar in GoldtArch. 19, 366 ff., sowie in KrVJSchr. 14, 258 ff.; Specht in GoldtArch 19, 235 ff.; v. Rönne das., 435 ff.; Spinola das. 373 ff.; Klebs in GoldtArch. 19, 569 ff.; Hälschner das. 365 ff.; W. Ch. Francke das. 20, 23 ff. u. 41; Reber in „Antragsvergehen" 57—98; OAG. Dresden 8. März 1875 in dessen Annalen N. F. 2, 1 ff. und insbesondere laut Reber 62 ff. der Oberste Bayerische Gerichtshof 12. Februar 1872. Von den meisten Gerichten und Schriftstellern der einen wie der anderen Seite ward indessen anerkannt, daß die den Strafantrag betreffenden Vorschriften

des DStGB. in der Richtung der von ihnen bestrittenen Eigenschaft Wirkungen ausübten. Der Streit ist nicht zu Ende gekommen. Es haben später insbesondere noch für die prozessuale Natur sich erklärt: Schütze, Lehrbuch 168 Anm. 6; Binding, Normen 1, 30; Alfred Lehmann, Strafantrag 9—18 (Leipzig 1876); Frank, Nr. II zu § 61 DStGB.; das Reichsgericht in einer Reihe von Erkenntnissen, z. B. II, 27. Mai 1881 (Entsch. 4, 205); I, 16. Juli 1881 (das. 264); II, 4. April 1882 (Entsch. 6, 162); V, 7. Juli 1911 (Entsch. 45, 128); sowie unlängst Präs. Hamm und Professor J. Goldschmidt in DJZ. von 1912, 1296 u. 1318 nebst 1464. Für die materielle Natur haben u. a. sich noch erklärt Kirchenheim, Antragsdelikte 62 ff.; Samuely in GS. 32, 1 ff.; Olshausen zu §§ 61—64 DStGB. und J. Kohler in GoldtArch. 60, 2.

Neben dieser Frage ging nach dem Erscheinen des DStGB. hinsichtlich Strafantrags und Gesetzeswechsels noch besonders die Frage durch die Gerichte, „von welchem Zeitpunkt ist, wenn für eine früher ohne Antrag zu bestrafende Tat jetzt ein Antrag erfordert wird, die Frist für solchen Antrag zu berechnen?“ Es schrieben darüber damals insbesondere Fuchs, v. Bar, Hälschner, Koch, v. Rönne, in GoldtArch. 19, 73, 76, 164, 371, 441 ff.; W. Ch. Francke das. 20, 58 ff.; sowie Teichmann in der Allg. D. Strafrechts-Ztg. JG. 11, 48. Diese Frage ist aber hinsichtlich des Gesetzes vom 16. Juni 1912 wieder erwacht. Der Amtsanwalt von Berlin-Schöneberg und Ref. Dr. Blumenthal wollen die Frist für einen erst durch das neue Gesetz erforderlich gewordenen Strafantrag nur aus der Zeit des neuen Gesetzes berechnen; das Amtsgericht Berlin-Schöneberg hat am 4. September 1912 diese Frist auch aus früherer Zeit berechnet, und Ref. Dr. Koßmann sowie Prof. Dr. Goldschmidt sind ihr a. a. O. 295 und 1365 ff. beigetreten.

II. Die Reichsgesetze über den Strafantrag.

„Die Verfolgung findet nur auf Antrag statt“ sagen im StGB. die §§ 102, 104, 123, 170, 172, 179, 182, 189, 195, 232, 288, 289, 292, 300, 301, 302. Daß solcher Antrag auf Verfolgung, und zwar auf strafrechtliche Verfolgung seitens des Staates, also insbesondere auch auf staatliche Bestrafung zu geschehen hat, ergeben Wortlaut und Zusammenhang. Das Wort „Antrag“ bedarf noch der Bezeichnung desjenigen, der ihn stellt; zur Beschreibung jeder Rechtshandlung gehört die Angabe ihrer rechtlichen Kraft, insbesondere ihrer Tragweite und ihrer Unbedingtheit oder Bedingtheit; wesentlich für

jede Handlung eines geordneten Verfahrens ist die zeitliche Grenze ihrer Möglichkeit. Nach guter Sitte der Gesetzbücher sind die hiernach für die Straftaten der oben genannten Paragraphen erforderlichen Bestimmungen nicht bei jeder einzelnen dieser Straftaten, sondern vorbehältlich besonderer Einzelbestimmungen im allgemeinen Teile des StGB. getroffen, und dessen §§ 61—64 enthalten demgemäß als Erläuterungen und Ergänzungen der Worte, „die Verfolgung findet nur auf Antrag statt, die bekannten Vorschriften über Antragsberechtigung, Frist und Tragweite des Antrags und ausnahmsweise Möglichkeit der Zurücknahme. Während diese ausnahmsweise Möglichkeit in den §§ 102, 104, 194, 232, 247, 263, 292, 303, 370⁵ u. ⁶ verordnet, auch wohl besonders geordnet wird, geben die §§ 102 und 103 in allen ihren Fällen nur der „auswärtigen Regierung" nicht dem „Verletzten" die Befugnis zum Antrage.

Andere Vorschriften, als die hier erwähnten, hat das StGB. hinsichtlich des Strafantrages nicht. Die StPO. aber bestimmt über ihn nur das Folgende:

1) in den §§ 127 und 130: daß auch, ehe ein Antrag gestellt wird, der Verdächtige festgenommen oder verhaftet werden darf,
2) im § 156: daß der Antrag bei einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protokoll, bei einer andern Behörde schriftlich angebracht werden muß,
3) im § 259: daß bei mangelndem Antrag Einstellung des Verfahrens auszusprechen ist,
4) in den §§ 414 ff.: daß die nur auf Antrag strafbaren Beleidigungen und Körperverletzungen mangels eines besonderen öffentlichen Interesses nur im Wege der hier geordneten Privatklage zu verfolgen sind.

„Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein" heißt es auch im Markenschutzgesetz vom 30. Nov. 1874 § 14, im Patentgesetz vom 25. Mai 1877 § 34, in der Seemannsordnung vom 2. Mai 1902 § 96 Abs. 4, in den Urhebergesetzen vom 19. Juni 1901 § 45, und vom 9. Jan. 1907 § 41, in deren Mehrzahl auch gesagt ist: „Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig". Besonderes bestimmt von diesen Gesetzen hinsichtlich des Strafantrages nur die Seemannsordnung, nämlich, daß der Antrag auch dem Kapitän zusteht, sowie daß er bis zur Abmusterung gestellt und bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgenommen werden kann. Abgesehen von diesen letzteren Vorschriften stehen also die nach den soeben aufgeführten Gesetzen nur auf Antrag verfolgbaren Handlungen hinsichtlich des Antrages unter

denselben Vorschriften, wie die nach dem StGB. nur auf Antrag verfolgbaren Handlungen. Wenn betreffs einer der genannten Vorschriften ein Wechsel eintrat oder eintritt, so galten oder gelten mit einer Ausnahme dafür, sofern diese Vorschrift dem Strafrecht selbst (dem sogenannten materiellen Strafrecht) angehört, § 2 StGB., sofern sie das Verfahren betrifft, die §§ 8—10 EG. der StPO.

§ 2 des StGB. lautet: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde".

„Bei Verschiedenheit der Gesetze von Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden."

Die §§ 8—10 StPO. gebieten für den Fall, daß vor dem Tage des Inkrafttretens des neuen Gesetzes ein Endurteil erster Instanz erging, auf die Erledigung der Sache bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozeßgesetze anzuwenden, stellen aber übrigens jeden Vorgang eines Strafverfahrens unter das Prozeßgesetz seiner Zeit. Die Ausnahme betrifft die vor 20. März 1876 begangenen Handlungen, hinsichtlich deren Bestrafung durch das Gesetz vom 26. Febr. 1876 ein Wechsel eintrat; diese Handlungen stehen nämlich unter der Vorschrift von Nr. III dieses Gesetzes, nach welcher das Erfordernis des Antrages auf Verfolgung, sowie die Zulässigkeit der Zurücknahme nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen ist.

III. Anwendbarkeit des § 2 StGB. auf den Strafantrag.

Aus den im Vorstehenden aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen möchte ohne weiteres als reichsrechtlich das Folgende sich ergeben:

1. Der Strafantrag ist eine Handlung des Strafverfahrens, allerdings kein Stück der staatlichen Strafverfolgung, sondern eine Voraussetzung derselben in besonderen Fällen; es ist strafprozessuale Handlung einer durch strafbare Tat verletzten oder sonstwie hinsichtlich ihrer interessierten Person. Ueber die Form des Strafantrages und der Zurücknahme desselben entscheidet daher stets das Gesetz der Zeit dieser Vorgänge, mit dem auch im Verfahren der StPO. früher ohne Schrift gültig gestellte Strafanträge stets für gültig erkannt worden sind.

2. Der Strafantrag ist, wenn auch als regelmäßig der staatlichen Strafverfolgung vorausgehend gedacht, doch keinesfalls Voraussetzung für den Beginn, so daß etwa ohne voraufgegangenen Antrag erfolgte Untersuchungshandlungen nichtig wären; er ist nur Voraussetzung für die Gesamtheit der Verfolgung und daher insbesondere auch der Feststellung der Strafen und somit der Bestrafung.

Sodann ist ferner wohl das Folgende zu erwägen:

Man hat einstmals den Strafantrag als einen Erfolg des Vergehens zu dessen Tatbestand gerechnet wissen wollen gleich Tod oder Wunde oder Siechtum bei Tätlichkeit oder etwa Scheidung bei Ehebruch. Daß diese Ansicht mit Recht keinen Beifall gefunden, erhellt wohl schon daraus, daß bei Mangel eines erforderlichen Strafantrages das Verfahren einzustellen und nicht, wie bei Mangel eines Tatbestandstückes zur Sache zu erkennen und freizusprechen ist.

Aber weder hieraus, noch aus dem Umstande, daß, wie auch RG. I. 29. März 1905 und 6. April 1907 laut Recht von 1905 Nr. 1392 und 1907 Nr. 1253 angenommen hat, der Strafantrag nicht unter dem für die Schuldfrage gültigen Beweisrecht der StPO. steht, kann, wie von manchen geschieht, auf prozessuale Natur der im StGB. über den Strafantrag enthaltenen Ordnungen geschlossen werden. Denn demselben Prozeß- und Beweisrecht unterliegen auch die Tatsachen einer Verjährung (StGB. §§ 62—72 und § 5[2]), sowie die Tatsachen ausländischer Verurteilung und Oertlichkeit, ausländischen Gesetzes und Straferlasses (StGB. § 4[1] und § 5[2] und [3]), und es wird doch niemand behaupten wollen, daß diese Tatsachen Vorgänge der StPO. seien.

Auch hinsichtlich dieser Tatsachen heißt es im StGB.: „Die Verfolgung ist ausgeschlossen, wenn usw."; diese Redewendung entspricht völlig dem „Die Verfolgung findet statt", dessen Bedeutung oben unter No. II erörtert ward.

Es ist ferner zu bedenken, daß der ungeschriebene deutsche Rechtssatz, nach welchem staatliche Bestrafung nicht stattfindet ohne voraufgegangenes Verfahren der StPO., ein Satz nicht des Strafverfahrens, sondern des Strafrechts selbst ist. Wenn nun der Strafantrag ein Stück dieses Verfahrens ist, so muß vom Erfordernis des Strafantrages dasselbe gelten, und wenn die sonstigen, den Strafantrag betreffenden Ordnungen des StGB. nach dem, was oben unter Nr. II erörtert, nur Erläuterungen und Erwägungen sind der Worte: „Antrag auf Verfolgung", so müssen diese Ordnungen als solche des Strafrechts selbst auch mit unter der Vorschrift des § 2 StGB. stehen.

Der besondere, hiergegen früher wohl erhobene Einwand, der Ausdruck „mild", könne sprachgemäß lediglich auf das Maß der angedrohten Strafe bezogen werden, ist sicher erledigt; und weiter dürfte als jetzt unbestritten anzusehen sein, daß § 2 Absatz 2 sich nicht bezieht auf die Art der abzuurteilenden Tat, sondern auf eben diese Tat, daß — mit anderen Worten — nach § 2 Absatz 2 dasjenige der bezüglichen Gesetze anzuwenden ist, nach welchem unter den vor-

liegenden Umständen für die abzuurteilende Tat keine oder die mildeste Strafe auszusprechen sein würde.

IV. Anwendung des § 2 StGB. auf den Strafantrag.

1. Wenn diejenigen Strafgesetze, welche in einem Fall des § 2² StGB. in Betracht kommen, alle — seien es nun zwei oder mehrere — für die Bestrafung der verfolgten Tat einen Strafantrag verlangen, so findet offenbar keine Bestrafung statt, sobald nach einem dieser Gesetze die Stellung des Strafantrages ausgeschlossen ist. Als Beispiel diene folgendes:

§ 72 des Vorentwurfs zu einem StGB. sagt im dritten Absatz: „Das Recht, den Strafantrag zu stellen, geht auf den hinterbliebenen Ehegatten, die Kinder, und in Ermangelung dieser Personen auf die Verwandten gerader Linie sowie die Geschwister über. Wenn nun, wie kaum zu bezweifeln, dieser § 72³, sowie der dem § 2 StGB. wenigstens inhaltlich gleiche § 2 des Vorentwurfs Gesetz wird, dem § 72³ auch nicht etwa, was allerdings zu wünschen, Anwendbarkeit auf Strafanträge des jetzigen StGB. verliehen wird, so würde darum bei eintretendem Tod des Verletzten die Möglichkeit eines erforderlichen Strafantrages kraft des jetzigen StGB. eher ausgeschlossen sein können, als kraft des zukünftigen StGB.

Wenn aber alle für einen Fall des § 2² StGB. in Betracht kommenden Strafgesetze für die Bestrafung der verfolgten Tat einen Strafantrag verlangen und dieser Strafantrag gestellt ist, so sind diese Gesetze miteinander zu vergleichen in derselben Weise, wie dies sonst zu geschehen hat. Eine Darlegung dieses behaupteten Satzes ist wohl überflüssig, eine solche dieser Weise aber nicht Gegenstand gegenwärtiger Abhandlung.

2. Wenn für § 2² StGB. oder gleiche Vorschrift ein einen Strafantrag verlangendes und ein anderes Gesetz zu vergleichen sind, ist sicher nicht mit Reber a. a. O. S. 98 ohne weiteres jenes als das mildere anzusehen; denn es kann immerhin die nach jenem zu erkennende Strafe härter sein, als die nach diesem zu erkennende.

Ist das Gegenteil hiervon der Fall, die Frist für Stellung des bezüglichen Strafantrages aber noch nicht abgelaufen, so ist andererseits nicht etwa alsbald nach dem Gesetz mit geringerem Strafmaß zu erkennen, sondern die Erledigung der Frist abzuwarten; denn diese führt zur Einstellung des Verfahrens und somit zu dem für den Täter günstigsten Ergebnis.

3. Wenn nun das frühere Gesetz einen Strafantrag verlangt und die für diesen gegebene Frist vor dem Gesetzeswechsel nicht ablief, so

ist sie ohne Zweifel hinsichtlich der späteren Zeit gerade so zu berechnen wie hinsichtlich der früheren Zeit. Denn § 2² StGB. läßt ja die Anwendung des früheren Gesetzes zu, die Prüfung ihrer Statthaftigkeit aber ist die Prüfung aller nach dem Gesetz erheblichen Tatsachen, wie sie unter dessen Herrschaft erfolgten oder erfolgen konnten.

4. Wenn aber das spätere Gesetz einen Strafantrag verlangt, so erhebt sich die oben am Ende der Nr. I. erwähnte Frage. Abweichend von GoltdArch. 20, 59, beantwortet der Schreiber gegenwärtiger Zeilen unbedenklich jetzt diese Frage mit dem Amtsanwalt von Berlin-Schöneberg und der ehemals herrschenden Meinung.

Für diese Meinung ist freilich kaum mit Ref. Blumenthal geltend zu machen, daß die gegenteilige Meinung dem Antragsberechtigten Unrecht tue. Der Antragsberechtigte hat nicht, wie Blumenthal meint, ein Recht auf Strafe, wie ja auch der nur auf Antrag zu bestrafende Missetäter ohne Rücksicht auf den Willen des Antragsberechtigten begnadigt werden kann; er hat nur das Recht, durch Unterlassung und etwa Zurücknahme des Strafantrags die Bestrafung zu hindern. Nur um das Wohl und Wehe des Täters handelt es sich hier, nicht um das des Antragsberechtigten.

Daraus aber, daß das Gesetz den Lauf der Antragsfrist ohne irgend weitere Angabe an den Eintritt der Kenntnis des Antragsberechtigten von Tat und Täter knüpft, kann andererseits nichts mit Ref. Koßmann (S. 1296) gegen die hier verteidigte Ansicht hergenommen werden. Denn das Gesetz will doch nur über einen zu ihm gehörigen Strafantrag und ihm angehörige, d. h. ohne weiteres unter seiner Herrschaft stehende Fristen verfügen. Das Gesetz kann daher die Berechnung dieser Fristen nur so wollen, als seien die Missetaten, hinsichtlich derer sie in Betracht kommen, erst unter seiner Herrschaft, d. h. bei oder nach Eintritt seiner Gesetzeskraft geschehen. Die Fristen können daher frühestens vom Eintritt solcher Gesetzeskraft berechnet werden.

5. Der hierfür laut DJZ. von 1912 S. 1360 vom OLG. Hamm 15. Okt. 1912 in Bezug genommene Art. III. Reichsgesetzes vom 26. Febr. 76 ist weder hierfür noch sonst in dieser Abhandlung berücksichtigt worden; er ist eine Sondervorschrift betreffs derjenigen vor diesem Gesetz begangenen Missetaten, für deren Art ohne Veränderung in den Strafdrohungen das bisherige Erfordernis eines Strafantrags beseitigt ist.

Entscheidungen.

Aus der Rechtsprechung der Thüringischen Gerichte.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Jena.

Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.

1. Bürgerliches Recht und Verfahren.

23. **Der Enteignungskommissar des Bahnenteignungsgesetzes für Reuß j. L. ist eine Verwaltungsbehörde im Sinne des § 13 GVG.**

Die Klägerin Frau N. in U. hat behauptet: Sie sei Eigentümerin des Grundstücks Blatt 45 des Grundbuchs von Tinz. Davon sei durch Beschluß des Fürstlichen Enteignungskommissars in Gera (Amtsrichters H.) vom 18. April 1912 eine Teilfläche von 0,39 a dem Beklagten, dem preußischen Eisenbahnfiskus, zu Bahnbauten überwiesen worden. Dieser habe auch Besitz davon ergriffen. Im Grundbuche sei ein Enteignungsvermerk eingetragen worden. Die Teilfläche sei 780 M. wert.

Sie hat ferner ausgeführt: Sie habe Anspruch auf Entschädigung; dafür sei der ordentliche Rechtsweg gegeben. Soweit die Vorschriften des Enteignungsgesetzes für Reuß j. L. vom 15. März 1856 entgegenstünden, verstoße es gegen Reichsgesetze und sei daher ungültig. Deshalb seien entweder alle Verfügungen des Enteignungskommissars oder wenigstens seine Entscheidungen über die Entschädigung unwirksam.

Sie hat daher in erster Linie auf Zahlung von 780 M., hilfsweise aber auf Rückgabe der Teilfläche, Löschung des Enteignungsvermerkes und auf Unterlassung jeder Eigentums- und Besitzstörung geklagt.

Der Beklagte hat die Unzulässigkeit des Rechtswegs eingewandt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt; der Senat hat sie zurückgewiesen. Er führt in den Gründen aus:

Mit Recht hat das Landgericht den ordentlichen Rechtsweg für unzulässig erklärt. Denn über den Anspruch auf Entschädigung hat nach Art. 19 des Eisenbahnenteignungsgesetzes für Reuß j. L. vom 15. März 1856 (GesS. XI S. 5) ein „zu dieser Funktion auf den Richtereid verpflichteter Kommissar" zu entscheiden. Daher kann die

Klägerin ihren Anspruch nicht unter Umgehung des dort geregelten Verfahrens im ordentlichen Rechtsweg verfolgen.

Sie beanstandet mit Unrecht die Gültigkeit des Art. 19, denn er verstößt nicht gegen Reichsgesetze.

Zunächst liegt er auf einem Gebiete, das die Landesgesetzgebung materiell- und formellrechtlich beherrscht (Art. 109 EGzBGB., § 15 Ziff. 2 EGzZPO.). Sie muß daher auch die Freiheit haben, die Enteignungsbehörde zu bestimmen, sofern sie sich nur im Rahmen des § 13 GVG. hält. Das ist aber hier der Fall.

Denn an sich ist der Streit über die Entschädigung eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" im Sinne des § 13. Das ergibt sich aus den Personen und dem Inhalt des Entschädigungsanspruchs: er steht einer Privatperson, dem Enteigneten, gegen ein gleichgeordnetes Rechtssubjekt, den Bahnunternehmer, zu und geht auf Zahlung einer Geldsumme als Ersatz für einen Verlust in der eigenen Privatrechtssphäre, für die Entziehung eines Grundstücks. Ferner sind Enteignungsstreitigkeiten schon in der Begründung des Entwurfs zum EG. des GVG. als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" bezeichnet worden.

Auch erwähnt sie § 15 Ziff. 2 EGzZPO. im Anschluß an § 14 Abs. 1, der selbst von „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" handelt. Ferner erkennt ihnen das Landesrecht von Reuß j. L. diesen Charakter zu, denn jener Art. 19 verweist Enteignungsstreitigkeiten ausdrücklich auf den „Rechtsweg". Gerade das aber ist von besonderer Bedeutung, weil die Regierungsvorlage (Art. 19, 34; Landtagsverhandlungen A Nr. 2 S. 15, 19) den Rechtsweg ausgeschlossen, nur den Verwaltungsweg eröffnet und das Gesetz erst im Landtage selbst seine jetzige Fassung erhalten hat (Landtagsverhandlungen B Nr. 2 S. 6, C Nr. 3 S. 18/19). Daß „Rechtsweg" hier nicht den ordentlichen, sondern einen außerordentlichen bedeutet, ist ohne Belang. Denn auf jeden Fall offenbart die Landesgesetzgebung hier in der Eröffnung eines Rechtswegs den Willen, Enteignungsstreite als bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu betrachten. (Vgl. JW. 1912 S. 47.) Ob dies auch für das Enteignungsverfahren in seiner Gesamtheit gilt, bedarf keiner Entscheidung, sondern nur der Streit über die Entschädigungssumme soll hier als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" anerkannt werden, und auch dies nur nach dem Rechte von Reuß j. L. Deshalb wird nicht die Entscheidung des Senats vom 11. April 1911 (ThürBl. 59, 24) berührt, die dem Enteignungsverfahren in seiner Gesamtheit den Charakter als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" abspricht und dabei vom weimarischen Enteignungsgesetze ausgeht, das im

Art. 19 gerade vom reußischen Rechte abweicht, indem es den Rechtsweg ausschließt und nur den Verwaltungsweg eröffnet.

Im übrigen hat auch das OLG. Hamburg und das Reichsgericht selbst den Streit über die Entschädigung für eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit" im Sinne des § 13 GVG. erklärt. (Vgl. HansGZ. 1910 II. Teil S. 130; RGZ. 75, 429.) Daher würde er an sich vor die ordentlichen Gerichte gehören, wenn nicht der Kommissar des Art. 19 eine nach § 13 GVG. statthafte Enteignungsbehörde wäre.

Das ist er aber. Denn er ist nicht ein unzulässiges Sondergericht für Enteignungssachen, sondern eine Verwaltungsbehörde im Sinne des § 13.

Darunter ist ein Organ der Staatsverwaltung zu verstehen, das sich als einen Bestandteil der Amts- und Behördenverfassung darstellt und als dauerndes Subjekt staatlicher Hoheitsrechte organisiert ist. (Vgl. JW. 1895 S. 4 Nr. 1; 1896 S. 571.) Das trifft auf den Kommissar zu. Denn Art. 19 des Enteignungsgesetzes hat ihn als eine dem Behördenorganismus eingegliederte Amtsstelle und als ein dauerndes Subjekt staatlicher Hoheitsrechte geschaffen. Sein Wirkungskreis ist das gesamte Enteignungswesen in Bahnangelegenheiten. Belanglos ist, daß er nicht ein Organ der allgemeinen Staatsverwaltung, daß er für Enteignungssachen neu geschaffen worden ist und daß ihm zugleich mit seiner Gründung die Entschädigungsstreite zugewiesen worden sind. (Vgl. RGZ. 75, 430, 432; HansGZ. 1910, II. Teil, S. 132.) Er ist eine Verwaltungsbehörde, weil seine Tätigkeit nicht nur eine richterliche ist, wie die Festsetzung der Entschädigung, sondern auch eine verwaltende. So hat er z. B. nach Art. 14 Ziff. 1 des Enteignungsgesetzes den Unternehmer vorzeitig in den Besitz des Enteignungsgegenstandes einzuweisen — ein Akt, wie er ordentlichen Gerichten fernliegt, da er der Vollziehung der Enteignung dient. (Vgl. RGZ. 75, 432.) Wenn er auf der anderen Seite eine richterliche Tätigkeit auszuüben hat und diese vielleicht sogar überwiegt, so hindert das doch nicht seine Charakterisierung als „Verwaltungsbehörde". (Vgl. RGZ. 75, 432, 430.)

Auch die Besetzung der Behörde ist unbedenklich. Zwar wird sie nicht ständig verwaltet, sondern je nachdem, ob eine Bahn im Ober- oder Unterlande anzulegen ist, wird ein Beamter des Baubezirks (meist ein Amtsrichter) zum Kommissar ernannt, weil die zeitlichen und örtlichen Verhältnisse diese Regelung erfordern (so ist auch hier ein Amtsrichter des Unterlandes zum Kommissar bestellt worden). Da-

mit wird aber nur die Ausübung der Funktionen des Kommissars einem Beamten übertragen; die Enteignungsbehörde als solche dagegen bleibt ein verwaltungsrechtlich dauernd geschaffenes Organ. Die Uebertragung geschieht auch nicht für jede einzelne Enteignung, sondern für alle Enteignungen aus Anlaß eines bestimmten Bahnbaues. Vgl. z. B. Amts- und Verordnungsblatt 1909 S. 302; 1910 S. 2.

Zum Kommissar kann ferner nicht jeder beliebige Staatsbürger bestellt werden, sondern nur eine Person mit Richterbefähigung; auch muß sie vor Ausübung ihres Amtes den Staatsdienereid geleistet haben. In diesem Sinne ist Art. 19 auszulegen, nachdem der Richtereid des reußischen Gesetzes über den Zivilstaatsdienst vom 16. Juni 1853 (GesS. IX, 327, besonders § 7 und Beilage B) durch das Gesetz vom 9. Oktober 1891 (GesS. XXI, 71, besonders § 141) beseitigt worden ist.

So ist auch die Besetzung der Enteignungsbehörde mit verwaltungsrechtlichen Grundsätzen eines Kulturstaats vereinbar und eine ordnungsmäßige Erledigung der Enteignungssachen garantiert.

Da der Kommissar eine Verwaltungsbehörde ist, so berührt das reußische Landesrecht in keiner Weise die Gerichtsorganisation.

Auch § 4 S. 2 EGzGVG. ist nicht verletzt. Danach dürfen zwar andere Verwaltungsgeschäfte als solche der Justizverwaltung den ordentlichen Gerichten nicht übertragen werden. Doch wenn ein Amtsrichter zum Kommissar bestellt wird, wird nicht ein Gericht als solches, sondern ein Gerichtsmitglied Kommissar. Das aber verbietet § 4 S. 2 überhaupt nicht.

Wohl aber sieht § 7 des Gesetzes vom 22. Februar 1879 (GesS. XIX, 1) das Landgericht in Gera als Berufungsgericht in Enteignungssachen vor, und damit sind diese für den zweiten Rechtsgang einem Gericht als solchem übertragen. Indessen trifft § 4 S. 2 Enteignungssachen überhaupt nicht. Denn das Enteignungsverfahren ist nicht „Verwaltung" im Sinne dieser Bestimmung. Zwar ist es zum Teil Verwaltungstätigkeit, in erheblichem Umfang aber auch eine richterliche. Mag es daher auch nicht reine Gerichtsbarkeit sein, so ist doch eine gemischte Figur dieser Art keinesfalls „Verwaltung" im Sinne des § 4 S. 2.

Uebrigens wird die Zuständigkeit des Landgerichts auch durch § 3 Abs. 3 EGzGVG. in Verbindung mit § 15 Ziff. 2 EGzZPO. gedeckt.

Nach alledem ist der ordentliche Rechtsweg für den Entschädigungsanspruch ausgeschlossen.

Er ist es aber auch für den Hilfsantrag der Klägerin. Denn dieser richtet sich unmittelbar gegen die Besitzentziehung des Kommissars durch seinen Beschluß vom 18. April 1912. Dieser hat zwar privatrechtliche Wirkung und der Antrag auf Rückübertragung des Besitzes privatrechtlichen Inhalt. Ist die Entziehung aber — wie hier — auf Grund des Enteignungsgesetzes durch das rechtsgültig berufene Organ geschehen, so steht dem Enteigneten, obwohl er in seinen Privatrechten berührt ist, nicht der ordentliche Rechtsweg offen, sondern nur das Rechtsmittel, das das Enteignungsgesetz gegen Verfügungen des Kommissars selbst gewährt. Der ordentliche Rechtsweg dagegen wird verschlossen, sobald der Kommissar auf Grund des Enteignungsgesetzes in Privatrechte des Enteigneten eingreift. (Vgl. ThürBl. 23, 363). Sonst könnte der ordentliche Richter während eines — wie hier — schwebenden Verfahrens jederzeit die Tätigkeit der Verwaltungsbehörde, des Kommissars, lahm legen.

So fällt der ordentliche Rechtsweg auch für den Antrag auf Löschung des Enteignungsvermerkes und auf Unterlassung fernerer Störung, denn die Löschung hängt innerlich untrennbar mit dem Rückgabeanspruch zusammen und „fernere Störung" bedeutet hier nur einen Angriff, der ebenfalls wieder auf dem Enteignungsgesetze beruht.

Urteil des ersten Zivilsenats vom 14. Januar 1913, U 229/12 (nach Gera).

24. Ist die Drohung, man würde den Konkurs des Mannes beantragen, widerrechtlich, wenn sie die Frau bestimmen soll, für eine Schuld des Mannes eine Sicherheit zu geben?

Der Beklagte hatte eine Wechselforderung von 1400 M. gegen den Mann der Klägerin. Am 25. August 1911 wurde festgestellt, daß dieser bei der Stadtkasse in F. 2031,64 M. unterschlagen hatte. Darauf wandte sich der Beklagte an die Klägerin, um für seine Wechselforderung gegen ihren Mann Deckung zu erhalten, und sie trat ihm am 28. August ihre Hypothek von 1100 M. ab, die auf dem Hause ihres Mannes eingetragen war. Diese Abtretung focht sie an, sie behauptete, er habe sie dazu durch die Drohung bestimmt, wenn sie die Hypothek nicht abtrete, werde er sofort den Konkurs

ihres Mannes beantragen, dann würde das Haus versteigert und sie komme um ihr ganzes Vermögen. Die Anfechtbarkeit wurde verneint aus folgenden Gründen:

Der Anspruch der Klägerin ist unbegründet, selbst wenn ihr der Beklagte so, wie sie angibt, gedroht haben sollte. Die behauptete Drohung ist nicht widerrechtlich und kann ihr kein Anfechtungsrecht geben (§ 123 BGB.). Den Konkurs ihres Mannes anzumelden, war der Beklagte befugt. Auch sein Bestreben, sie zur Deckung der Schuld ihres Mannes zu bestimmen, ist an sich nicht widerrechtlich, wenn auch von vornherein kein Anspruch darauf bestand, daß sie für die Schulden ihres Mannes eintrat. Es kann sich nur fragen, ob er diesem Bestreben durch die Drohung mit dem Konkursantrag Nachdruck verleihen durfte. Das muß bejaht werden. Im Verkehr wird nicht jedes Druckmittel als unstatthaft angesehen, das jemand bestimmen soll, eine Verpflichtung zu übernehmen. Der Hauswirt droht mit Kündigung, wenn er erreichen will, daß der Mieter künftig eine höhere Miete zahlt oder daß die Frau des Mieters die Haftung für den Mietzins mitübernimmt. Der von einer Unterschlagung Betroffene droht mit Anzeige, wenn der Täter zur Sicherung der Ersatzforderung nicht alsbald eine Hypothek auf seinem Grundbesitz eintragen läßt. Ein Kaufmann droht seinem Lieferanten, daß er nichts mehr bei ihm bestellt, wenn er ihm nicht den Kaufpreis aus früheren Lieferungen stundet. In allen solchen Fällen steht die Drohung nicht außer Verhältnis und Beziehung zu dem erstrebten Vorteil, bietet sich nach dem Zusammenhang gewissermaßen ganz von selbst, ist das naheliegende Mittel, den gewünschten Erfolg herbeizuführen, ist deshalb im Verkehr gebräuchlich und hat sich Geltung errungen. Sich solcher Zwangsmittel zu bedienen, gilt im Leben als erlaubt und nicht als gesetzwidrig (vgl. Oertmann[2] 387 zu § 123 BGB.). Wo sollte auch der Verkehr hinkommen, wenn das Recht solchen Geschäften die Anerkennung versagen wollte? Ein solches erlaubtes Druckmittel ist auch die angebliche Drohung des Klägers, er durfte sich ihrer bedienen, um sich Sicherung für seine Forderung bei der Klägerin zu verschaffen. Es mußte ihm, da er auf Befriedigung durch den Mann der Klägerin nicht mehr rechnen konnte, daran liegen, Sicherheit zu erhalten. Die Klägerin war die Nächste dazu, sie konnte sie ihm gewähren und nach dem Zusammenhang der Dinge war es das Gegebene, darauf hinzuweisen, daß er sonst den Konkurs beantragen müsse.

Urteil des 3. Zivilsenats vom 3. Juni 1913, U 27/13 (nach Gotha).

25. Der § 9a des Gerichtskostengesetzes ist auch auf Rentenansprüche anzuwenden, die nach dem Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen erhoben werden.

Der Wert des Rentenanspruchs ist nach § 9a des Gerichtskostengesetzes zu berechnen. Er spricht zwar nur von Ansprüchen auf eine Geldrente, die nach den §§ 843, 844 BGB. oder nach den §§ 3, 3a, 7 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 erhoben werden, und seine Ausdehnung auf Schadenersatzansprüche aus andern Gesetzesbestimmungen wird fast allgemein abgelehnt (vgl. z. B. JW. 1901 S. 724[8]; 1911 S. 952[27]). Er muß aber jedenfalls auch auf Rentenansprüche angewendet werden, die sich auf das Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen stützen. Denn dessen Bestimmungen über die Haftpflicht sind denen des Haftpflichtgesetzes nachgebildet, die §§ 3, 3a, 7 des Haftpflichtgesetzes kehren darin wörtlich wieder. Sind aber die Haftungsgrundsätze bei beiden gleich, so wäre es ein merkwürdiger innerer Widerspruch, wenn man den Wert der Renten bei ihnen verschieden berechnen wollte, bloß weil das Automobilgesetz nicht auf § 9a des Gerichtskostengesetzes verwiesen hat.

Beschluß des 3. Zivilsenats vom 29. Januar 1913, 3 W 9/13 (nach Weimar).

26. § 106 gilt auch im Falle des § 124 ZPO.

Nach dem Urteil des Senats vom 14. Februar 1913 haben die Kläger 9/10 und die Beklagten 1/10 der Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Der erstinstanzliche Armenanwalt der Beklagten hat nach § 124 ZPO. die Kostenfestsetzung beantragt, ohne vorher nach § 106 ZPO. zu verfahren. Der Gerichtsschreiber hat die Kosten festgesetzt; die Kläger haben Verletzung des § 106 gerügt. Im Gegensatz zum Landgericht hat der Senat den Festsetzungsantrag als unzulässig abgewiesen.

Zur Entscheidung steht die Frage, ob § 106 auch im Falle des § 124 anwendbar ist. Das OLG. Stuttgart hat sie verneint. (OLG. 15, 97), während sie das Oberlandesgericht Celle (OLG 13, 114), Gaupp-Stein, ZPO., (10) Bd. 1, Bem. II, 1 zu § 124 S. 323 und Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren, (7) S. 74 bejahen.

Der Senat teilt die zweite Ansicht.

Denn § 106 hat den Zweck, bei einer Verteilung der Kosten nach Quoten eine doppelte Festsetzung zu ersparen. Dieser gesetzgeberische Grund gilt aber ebenso, wenn der Armenanwalt die Kostenfest-

setzung beantragt, wie wenn es die arme Partei selbst tut. Es besteht daher kein Anlaß, den ersten Fall anders zu behandeln als den zweiten.

Es ist auch praktischer, daß von vornherein der Gegner der armen Partei zur Berechnung seiner Kosten aufgefordert und dann die erstattbare Summe festgesetzt wird, als daß erst ein Titel über die eine Kostenrechnung ergeht und dann dessen Aenderung dem späteren Verfahren überlassen bleibt.

Unterläge der Armenanwalt nicht dem § 106, so stände der Gegner ihm gegenüber schlechter als der armen Partei gegenüber, die an § 106 gebunden wäre. Das wäre aber um so härter, als ein Streit mit einer armen Partei ohnehin oft zu wirtschaftlichen Nachteilen führt; die Stellung des Gegners darf deshalb nicht auch noch ihrem Vertreter gegenüber erschwert werden.

Daß § 124 nicht ausdrücklich auf § 106 verweist, hindert seine Anwendung nicht; es genügt vielmehr eine Ergänzung des § 124 im Wege der Gesetzesauslegung.

Endlich spricht auch die innere Natur, die das Beitreibungsrecht des § 124 besitzt, für die hier vertretene Auffassung. Denn bewirkt § 124 auch nicht einen gesetzlichen Uebergang des Erstattungsanspruchs der armen Partei auf ihren Anwalt, so ist doch sein Beitreibungsrecht der Ausfluß eines gesetzlichen Pfandrechts an ihrem Erstattungsanspruch. (Vgl. ThürBl. 1910, 249.)

Gerade diese innere Beziehung aber würde es nicht rechtfertigen, das Beitreibungsrecht des § 124 einem anderen Verfahren zu unterwerfen als den Erstattungsanspruch der armen Partei selbst. Da aber diese auf jeden Fall dem § 106 unterliegt, so hat dasselbe auch für den Armenanwalt zu gelten.

Beschluß des 1. Zivilsenats vom 9. April 1913, W 58/13 (nach Weimar).

27. „Gericht der belegenen Sache" im Sinne des Art. 38 des Eisenbahnenteignungsgesetzes für Reuß j. L. vom 15. März 1856 ist das Grundbuchamt.

Der preußische Eisenbahnfiskus hat einen Teil der Nr. 1454 des Flurbuchs von Gera durch Enteignung und die Nr. 1461 a desselben Flurbuchs durch Kauf erworben. Beide Grundstücke hatten im Miteigentum der Frau F. gestanden. Als Hypotheken- und Pfändungsgläubiger hat die Thüringer Exportbierbrauerei, AG. in Neustadt a. O.

beim Grundbuchamt in Gera beantragt, wegen der Anteile der Frau F. an den Entschädigungssummen das Verteilungsverfahren nach Art. 38 des Eisenbahnenteignungsgesetzes für Reuß j. L. vom 15. März 1856 (Gesetzsammlung XI S. 5 ff.) einzuleiten. Das Grundbuchamt hat den Antrag wegen Unzuständigkeit abgelehnt. Auf die Beschwerde der Brauerei hat das Landgericht das Grundbuchamt angewiesen, wegen der Entschädigungssumme für die enteignete Flurbuchsnummer (1454) nach Art. 38 f. zu verfahren; im übrigen hat es die Beschwerde zurückgewiesen; von den Kosten des Beschwerdeverfahrens hat es der Brauerei ein Drittel auferlegt. Da der Rest der Staatskasse zur Last fällt, hat die Kassenverwaltung des Amtsgerichts im fiskalischen Interesse weitere Beschwerde geführt.

Obwohl sie nur den Kostenpunkt betrifft, ist sie zulässig, denn außerhalb des Zivilprozeßverfahrens (§ 99 Abs. 1 ZPO.) sind reine Kostenbeschwerden statthaft, soweit das Landesrecht nicht entgegensteht. Diesen Standpunkt teilt der Senat mit dem Schrifttum und der Rechtsprechung [z. B. RG. in RJA. 6, 268; KG. in OLG. 3, 219; OLG. Jena vom 4. März 1908, 1 Y 2/08 (Werle, nach Gera)]; auch steht das reußische Landesrecht nicht entgegen [§ 9 des AG. zum FGG. vom 10. August 1899 (GesS. XXIII S. 46 f.)].

Auch Art. 35 des EntGes. in Verbindung mit § 7 des AG. zum GVG. vom 22. Februar 1879 (GesS. XIX S. 4) hindert die weitere Beschwerde nicht. Denn danach entscheidet zwar über Berufungen in Enteignungsangelegenheiten das Landgericht in letzter Instanz; auch steht das Verteilungsverfahren des Art. 38 des EntGes. in engem Zusammenhang mit dem Enteignungsverfahren selbst. Doch die Stellung des Art. 35 im EntGes. und der Wortlaut des § 7 („Berufungen") ergibt, daß das Landgericht nur für Rechtsmittel gegen Entscheidungen des Enteignungskommissars letzte Instanz sein soll, während hier ein Rechtszug vom Grundbuchamt ans Landgericht in Frage steht. Zwar könnte man ferner gegen die Zulassung einer 3. Instanz im Verteilungsverfahren geltend machen, es bilde nur ein Anhängsel zum Enteignungsverfahren und könne daher nicht über mehr Instanzen verfügen, als dieses selbst. Doch hat das Verteilungsverfahren immerhin insofern selbständigen Charakter, als es sich vor einer andern Behörde (dem Gericht der belegenen Sache) und teilweise mit andern Rechtssubjekten (vor allem Hypothekengläubigern), als das Enteignungsverfahren selbst, abspielt; auch besteht der innere Grund, der den Rechtszug im Enteignungsverfahren auf zwei Instanzen beschränkt — das Bedürfnis nach Beschleunigung — nicht mehr fürs

Verteilungsverfahren. Es liegt daher kein Anlaß vor, hier eine 3. Instanz auszuschließen.

Die Kassenverwaltung ist endlich auch zur weiteren Beschwerde aktiv legitimiert, da das Landgericht zwei Drittel des staatlichen Gebührenanspruchs aberkannt hat.

Sachlich ist jedoch das Rechtsmittel unbegründet.

Streitpunkt ist die Frage, was Art. 38 des Eisenbahnenteignungsgesetzes unter „Gericht der belegenen Sache" versteht, ob die Abteilung für Hypothekensachen, jetzt das Grundbuchamt, — so das Landgericht — oder die Prozeßabteilung — so das Grundbuchamt.

Der Senat teilt im Ergebnis die Ansicht des Landgerichts. Denn daß Art. 38 nach der früheren Justizorganisation die Abteilung der Justizämter für Hypothekensachen (§ 9 des Gesetzes vom 4. Dez. 1852 GesS. IX S. 260 f.), nach der jetzigen Organisation das Grundbuchamt im Auge hat, folgt zunächst aus der Stellung der reußischen Landesgesetzgebung zu der Frage, ob das Verteilungsverfahren grundsätzlich der freiwilligen oder der streitigen Gerichtsbarkeit angehört. Die reußische Gesetzgebung vertritt den ersten Standpunkt. Denn das Hypothekengesetz vom 20. November 1858 (GesS. XII S. 89 f.) hat im § 110 Z. 2 das Verteilungsverfahren nach der gerichtlichen Zwangsversteigerung eines Grundstücks der Grund- und Hypothekenbehörde übertragen und dabei im § 131 Satz 1 unter der Ueberschrift: „Wirkungskreis und Obliegenheiten der Grund- und Hypothekenbehörden im allgemeinen" bestimmt, daß sich die Tätigkeit dieser Behörden in den Schranken nicht streitiger Rechtsgeschäfte halte. Die Landesgesetzgebung muß daher im Verteilungsverfahren grundsätzlich eine nicht streitige Angelegenheit erblickt haben. Daran ändert nichts die Möglichkeit, daß auch im Verteilungsverfahren ein Streit entsteht. Denn beispielsweise kann dasselbe in einer Depositalsache der Fall sein und dennoch rechnet das Gesetz vom 4. Dezember 1852 § 9 die Depositalsachen ausdrücklich zur nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Hat das Landesrecht aber im Verteilungsverfahren einen Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit erblickt, so kann als Verteilungsbehörde nur die Abteilung für Hypothekensachen in Frage kommen. Ob diese dann, wenn doch ein Streit im Verteilungsverfahren entsteht, die Parteien nach Analogie des § 131 S. 2 des Hypothekengesetzes vor das zuständige Prozeßgericht verweisen und das Verteilungsverfahren erst nach rechtskräftiger Schlichtung des Streits fortsetzen kann, ist hier nicht zu entscheiden.

Daß § 110 des Hypothekengesetzes durch die neue Reichsgesetzgebung aufgehoben ist, hindert nicht, ihn mit zur Auslegung des Enteignungsgesetzes heranzuziehen. Ist danach fürs Verteilungsverfahren im Enteignungsrecht die Hypothekenbehörde zuständig, so hat dies auch die neue Reichsgesetzgebung nicht geändert, denn dem Reichszwangsversteigerungsgesetz liegt ein Eingriff ins Enteignungsrecht der Einzelstaaten fern.

Ferner ergeben sich aus dem Eisenbahnenteignungsgesetze selbst Anhaltspunkte für die Zuständigkeit der Hypothekenabteilung. Denn wenn der früher gültige Artikel 42 vom „Gericht der belegenen Sache" spricht, so hat er sicher die Hypothekenabteilung im Auge, da hier gerade ein Beurkundungsakt vorgesehen ist. Art. 38 kann aber keine andere Abteilung für zuständig erklären als Art. 42.

Es steht auch keineswegs fest, daß etwa die Art. 14 Abs. 2 und 39 Abs. 2 unter „Gericht der belegenen Sache" eine andere Abteilung als die Hypothekenabteilung verstünden, denn wenn auch nach diesen Bestimmungen beim Gericht der belegenen Sache Summen zu hinterlegen sind, so braucht deshalb keineswegs die Hinterlegungsstelle gemeint zu sein; denn auch nach § 8 des Gesetzes über die Enteignung für baupolizeiliche Zwecke vom 26. Juni 1856 (GesS. XI S. 117f.) sind Entschädigungsgelder an die Hypothekenbehörde abzuliefern und ist eine Zahlung von Geldern gerade an diese Behörde auch andern Gesetzgebungen keineswegs fremd. (Vgl. Schleicher, Die Rechtswirkungen der Enteignung § 83 A. 237 S. 401.)

Dieser § 8 ist auch insofern bezeichnend, als auch er auf dem Gebiete des Enteignungsrechts ein Verteilungsverfahren durch die Hypothekenbehörde vorsieht, denn die Ablieferung der Entschädigungsgelder geschieht, „um rechtlicher Ordnung gemäß zu deren (d. h. der Pfandgläubiger) Befriedigung zu dienen".

Endlich stellt Art. 41 Abs. 2 des Eisenbahnenteignungsgesetzes das „Gericht der belegenen Sache" in Gegensatz zur „zuständigen Justizbehörde". Da ihr Art. 41 Abs. 2 Satz 1 die zwangsweise Einweisung des Baunnternehmers in den Besitz des enteigneten Grundstücks überläßt, so versteht das Gesetz unter dieser Behörde offenbar die Abteilung, die normalerweise für Vollstreckungsmaßnahmen, eine prozessuale Tätigkeit, zuständig ist. Wenn jedoch im Gegensatz dazu Art. 41 Abs. 2 S. 2 die zwangsweise Einweisung des Enteigneten in die Entschädigungssumme dem „Gericht der belegenen

Sache" überträgt, so muß das Gesetz darunter eine Abteilung verstehen, die normalerweise nicht für Vollstreckungsmaßnahmen zuständig ist, also eine Abteilung der nicht streitigen Gerichtsbarkeit. Daß aber Art. 41 Abs. 2 S. 2 unter Gericht der „belegenen Sache" dieselbe Abteilung im Auge hat, wie Art. 38, ist selbstverständlich. Auch dieser Gegensatz spricht also für die Zuständigkeit der Hypothekenabteilung.

Ist diese aber „Gericht der belegenen Sache" im Sinne des Art. 38, so ist jetzt nach § 1 Abs. 2 des AG. zur GBO. vom 10. August 1899 (GesS. XXII S. 137) das Grundbuchamt an ihre Stelle getreten. Daß im Enteignungsgesetz von „Grund und Hypothekenbehörde" nicht ausdrücklich die Rede ist, hindert die Anwendung des § 1 Abs. 2 nicht, vielmehr genügt ein stillschweigender Hinweis auf diese Behörde.

Welches Verfahren das Grundbuchamt im einzelnen zu beobachten hat, ist hier nicht zu entscheiden. Es kann daher offen bleiben, ob § 131 Satz 2 des Hypothekengesetzes, das Verteilungsverfahren der ZPO. oder des ZVG. analog anwendbar sind, oder ob das Grundbuchamt völlig freie Hand hat, die nach den Umständen zweckdienlichen Maßnahmen zu treffen. Zieht man selbst Reichsrecht analog heran, so ist seine entsprechende Anwendung doch aufs eigentliche Verfahren zu beschränken, während für Analogie insoweit kein Raum ist, als das Landesrecht selbst Bestimmungen trifft; das aber ist für die Behörde, die das Verteilungsverfahren zu betreiben hat, nach Ansicht des Senats der Fall, insofern das Landesrecht das Grundbuchamt für zuständig erklärt.

Im übrigen zeigt sich auch in diesem Falle wieder die Reformbedürftigkeit des reußischen Eisenbahnenteignungsgesetzes, denn sowohl die formelle Frage nach der Zulässigkeit der 3. Instanz, als auch die materielle Frage nach der Bedeutung des „Gerichts der belegenen Sache" hätte eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verdient.

Da das Landgericht der Beschwerde der Brauerei wegen der Flurbuchsnummer 1454 mit Recht stattgegeben hat, ist seine Kostenentscheidung nicht zu beanstanden.

Beschluß des 1. Zivilsenats vom 21. Juni 1913, Y 9/13 (nach Gera).

---

2. Strafrecht und Strafverfahren.

21. § 23 der Bundesratsverordnung vom 3. Februar 1910 über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen. Muß die Landeszentralbehörde, wenn sie die Befugnis, den Verkehr mit Kraftfahrzeugen auf Durchgangsstrecken zu beschränken, den höheren Verwaltungsbehörden überträgt, dies veröffentlichen? Können Verbote, die nach den früheren landesrechtlichen Bestimmungen erlassen worden sind, in Kraft bleiben oder müssen sie nach § 23 BRV. neu bekannt gemacht werden? — Die Gerichte haben zu prüfen, ob sich die Verbote innerhalb der gesetzlichen Schranken halten, nicht aber, ob sie zweckmäßig sind. — Fahrlässigkeit des Täters.

Die Landratsämter in Rudolstadt und Königsee hatten durch Anordnung vom 3. März 1908 die Straße im Schwarzatal zwischen Blankenburg und Schwarzburg für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen verboten. Der Angeklagte ist am 14. Juli 1912 mit seinem Kraftwagen einen Teil der verbotenen Strecke gefahren, das Landgericht hat ihn aber freigesprochen, weil die Anordnung vom 3. März 1908 nicht mehr gültig sei.

Ohne Rechtsirrtum hat das Landgericht zunächst angenommen, daß die Landratsämter die Anordnung vom 3. März 1908 nach der Polizeiverordnung vom 21. September 1906 (über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen) bis auf die selbständige Strafandrohung (§ 366 Ziff. 10 StrGB.) gültig erlassen konnten. Die Anordnung hält sich auch innerhalb der Schranken, die ihr § 21 der Polizeiverordnung vom 21. September 1906 gezogen hatte. Sie ist, wie allgemein bekannt ist, erlassen mit Rücksicht auf die Eigenart des Verkehrs auf der Straße im Schwarzatal, das wegen seiner landschaftlichen Schönheit besonders gern besucht wird. Die Besucher sollen sich dort der Schönheit der Natur in Ruhe erfreuen können. Wenn das Schöffengericht die Gültigkeit der Anordnung untersucht hat, so hat es damit nicht, wie das Landgericht meint, ihre Zweckmäßigkeit, sondern ihre Gesetzmäßigkeit geprüft (vgl. ThürBl. 58, 268, 269). Es ist allerdings zu falschem Ergebnis gekommen, wenn es ausgeführt hat, die Anordnung könne nicht wegen der Eigenart des Verkehrs erlassen sein. Die Zweckmäßigkeit der Anordnung der Verwaltungsbehörden haben die Gerichte dagegen, wie das Landgericht richtig hervorhebt, ebensowenig zu prüfen,

wie die Zweckmäßigkeit der Gesetze. Das ist ein Grundsatz, der sich aus der Natur der Verwaltung im Gegensatz zu der Rechtsprechung und aus der Trennung beider ergibt. Er ist in der Gesetzgebung einzelner Staaten ausdrücklich ausgesprochen (so auch in § 9 Rudolstädter Gesetz vom 6. Dezember 1892 über die Strafandrohung der Polizeibehörden und den Erlaß polizeilicher Verordnungen), gilt aber auch, wo dies nicht geschehen ist (vgl. ThürBl. 48, 239; 46, 232; 58, 269).

Mit Unrecht meint aber das Landgericht, daß die Anordnung vom 3. März 1908 durch das Reichsgesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 und die Verordnung des Bundesrats vom 3. Februar 1910 hinfällig geworden sei. Die verbotene Straße dient dem Durchgangsverkehr. Für Durchgangsstraßen ist die Befugnis, den Verkehr mit Kraftfahrzeugen zu verbieten oder zu beschränken, durch § 23 BRV. der Landeszentralbehörde — das ist in Schwarzburg-Rudolstadt das Fürstliche Ministerium, Abteilung des Innern — gegeben worden, diese kann sie den höheren Verwaltungsbehörden übertragen — das sind in Schwarzburg-Rudolstadt die Landratsämter (Verordnung vom 30. März 1910). — Davon hat sie am 31. März 1910, also am Tage vor dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes, Gebrauch gemacht, indem sie an die drei Landratsämter eine entsprechende Verfügung erließ. Das Landgericht hält diese Uebertragung nicht für gültig, es fordert, daß sie öffentlich als Verordnung bekannt gemacht werde, weil sie eine Ergänzung der Bundesratsverordnung sei. Außerdem ist es der Ansicht, daß die Landratsämter jedenfalls das Verbot auf Grund der neuen gesetzlichen Bestimmung (§ 23 BRV.) hätten veröffentlichen müssen.

Ob das Ministerium seine Verfügung vom 31. März 1910 veröffentlichen mußte, kann zweifelhaft sein, der Senat hält aber ihre öffentliche Bekanntmachung im Gegensatz zum Landgericht nicht für erforderlich. Da nach § 23 BRV. jeder damit rechnen muß, daß die Zentralbehörde die ihr vorbehaltene Befugnis auf die höheren Verwaltungsbehörden überträgt, liegt zunächst schon kein Bedürfnis vor, daß die Oeffentlichkeit von der Uebertragung erfahre. Das Landgericht sagt, ohne die Bekanntmachung der Uebertragung würden die Gerichte nicht nachprüfen können, ob die höheren Verwaltungsbehörden zu Verboten bei Durchgangsstrecken berechtigt wären. Durch die Veröffentlichung würde ihnen die Nachprüfung allerdings erleichtert, sie ist aber auch so unschwer möglich, sie brauchen ja nur bei der Verwaltungsbehörde anzufragen und sich die Uebertragungsverfügungen vorlegen zu lassen. Weiter weist das Landgericht darauf hin, daß die

Landeszentralbehörde auch die ihr im § 37 BRV. vorbehaltene Bestimmung, welche Behörden unter „Polizeibehörde" und „höhere Verwaltungsbehörde" zu verstehen seien, veröffentlicht habe (Verordnung vom 30. März 1910). Das war deshalb nötig, weil sonst das Publikum nicht gewußt hätte, an welche Behörden es sich mit seinen Anträgen zu wenden habe (vgl. z. B. § 5, 6, 14 BRV.), die Bestimmung dieser Behörden berührte also das Publikum unmittelbar. Die Uebertragung der Befugnis, den Verkehr auf Durchgangsstrecken zu verbieten oder zu beschränken, auf die höheren Verwaltungsbehörden ist aber ein Akt, der sich innerhalb der Verwaltung abspielt, sie ist eine Verfügung der höheren an die untere Verwaltungsbehörde. Das zeigt sich besonders, wenn man von der Möglichkeit ausgeht, daß die Zentralbehörde die Befugnis nicht allgemein, sondern nur für einen einzelnen Fall überträgt. Sie hat nach § 23 BRV. die Befugnis, den Verkehr auf Durchgangsstrecken durch allgemeine polizeiliche Vorschriften oder durch besondere Anordnungen für den einzelnen Fall zu verbieten oder zu beschränken, kann die Befugnis also auch in verschiedener Weise übertragen, indem sie die höheren Verwaltungsbehörden zu allgemeinen Verordnungen oder nur zu Verfügungen für einzelne Fälle (allgemein oder in jedem Fall besonders) ermächtigt. Hätte sie nun am 31. März 1910 die Landratsämter in Rudolstadt und Königsee nur ermächtigt, den Verkehr auf der Durchgangsstraße im Schwarzatal zu beschränken, ihnen also bloß eine Anordnung für diesen einzelnen Fall übertragen, so läge der Charakter der Uebertragung als eines bloßen Verwaltungsaktes innerhalb der Behörden klar zutage. Wie sie nun weiter durch einfache Verwaltungsverfügungen den Landratsämtern die Beschränkungsbefugnis auch für andere Durchgangsstraßen ihres Bezirks einzeln hätte übertragen können, so konnte sie ihnen auch gleich allgemein die Befugnis übertragen den Verkehr auf Durchgangsstraßen durch Anordnungen für den einzelnen Fall weitergehend auch durch allgemeine polizeiliche Verordnungen zu regeln. Durch die Art der Uebertragung (durch besondere Verfügung für den einzelnen Fall oder durch allgemeine Verfügung) kann deren Charakter nicht verschieden werden, sie bleibt immer eine Verwaltungsverfügung. Die allgemeine Uebertragung berührt ja auch die Verhältnisse des Publikums gar nicht anders als die besonderen Uebertragungen in einzelnen Fällen. Weshalb also die Uebertragung in dem einen Falle mitgeteilt werden sollte, in dem andern aber nicht, wäre nicht einzusehen.

Aus der Bundesratsverordnung kann die Notwendigkeit, die Uebertragung zu veröffentlichen, nicht gefolgert werden, sie bestimmt

nichts darüber. Man kann auch nicht sagen, daß sonst bei Uebertragung von staats- oder verwaltungsrechtlichen Befugnissen die Veröffentlichung die Regel wäre. So wird allerdings z. B. die Uebertragung der Regierungsbefugnisse bei einer Regierungsstellvertretung des Kaisers im Reichsgesetzblatt bekannt gemacht. Aber das ist ein besonders wichtiger Akt, der staatsrechtlich weittragende Bedeutung hat. Im allgemeinen wird man sagen müssen, daß es dem Wesen der Verfügungen innerhalb der Verwaltungsbehörden nicht entspricht, sie zu veröffentlichen. Nun könnte aber das Landesrecht des Fürstentums Schwarzburg-Rudolstadt hier andere Gründe festgelegt haben. Das ist jedoch nicht geschehen. Es fordert die Veröffentlichung nur bei Gesetzen und allgemeinen Verordnungen (vgl. die Gesetze vom 15. Januar 1840 und 24. Februar 1854, § 26 des Grundgesetzes vom 21. März 1854, § 6 des Gesetzes vom 6. Dezember 1892). Unter allgemeinen Verordnungen sind dabei nur die Verordnungen, die sich an die Untertanen wenden, zu verstehen (Rechtsverordnungen), höchstens könnten darunter noch die allgemeinen Verwaltungsverordnungen gerechnet werden, nicht aber die Verwaltungsverfügungen.

Brauchte das Ministerium danach seine Verfügung vom 31. März 1910 an die Landratsämter nicht zu veröffentlichen, so waren diese auf Grund der Verfügung beim Inkrafttreten des Reichsgesetzes und der Bundesratsverordnung befugt, den Verkehr auf Durchgangsstrecken zu beschränken oder zu verbieten. Das Verbot vom 3. März 1908 blieb dann, wenn es nicht zurückgenommen wurde, ohne weiteres in Geltung. Es war nicht nötig, es unter Hinweis auf das Reichsgesetz und die Bundesratsverordnung zu erneuern. Das zu verlangen, hieße unnötige Weitschweifigkeiten machen, es hieße ein Verbot zurückzunehmen, um es alsbald neu zu erlassen. Denn die Grundsätze, nach denen das Verbot erlassen werden konnte, wurden durch die Bundesratsbekannntmachung nicht geändert (vgl. deren § 23 mit § 21 der Polizeiverordnung vom 21. September 1906). Sollten die Landratsämter an der verbotenen Straße Verbotstafeln angebracht haben, die ausdrücklich auf die Anordnung vom 3. März 1908 Bezug nehmen, so würde es allerdings geraten sein, diese durch ein ganz allgemeines Verbot (durch Verbotstafeln, wie sie der Bundesrat eingeführt hat — 3 schwarze Kreisflächen auf gelbem Grunde —) zu ersetzen. Sie könnten sonst doch zu Zweifeln Anlaß geben, ob es sich hier noch um ein gültiges Verbot handele (vgl. hierzu Stenglein, Nebengesetze [4] Anm. 5 zu § 21 des Reichsgesetzes vom

3. Mai 1909, ferner das Urteil des Senats vom 19. Oktober 1912 ThürBl. 60, 113).

Ist sonach das Verbot gültig, so fragt es sich, ob es der Angeklagte schuldhaft übertreten hat. Das muß in der neuen Verhandlung erörtert werden. Er beruft sich darauf, er habe keine Verbotstafeln gesehen. Das allein kann ihn nicht entlasten. Das Verbot ist in der Umgebung des Schwarzatals ziemlich bekannt; es ist kaum anzunehmen, daß er, der ganz in der Nähe wohnt, nichts davon gewußt haben sollte, zumal ihn das Verbot als Eigentümer eines Kraftwagens besonders berührte. Dann wäre es aber seine Pflicht gewesen, sich nähere Kenntnis zu verschaffen, welche Strecke nun eigentlich verboten war (§ 59 Abs. 2 StrGB.). Er würde also selbst dann noch schuldig sein können, wenn etwa an dem Teil der Strecke, den er befahren hat, keine Verbotstafeln gestanden hätten.

Urteil des 1. Strafsenats vom 22. Februar 1913, S 15/13 (nach Rudolstadt).

22. Politischer Charakter eines Arbeiterturnvereins, § 3 des Vereinsgesetzes.

Bei der Untersuchung, ob der Arbeiterturnverein in Sch. ein politischer Verein nach § 3 des Vereinsgesetzes ist, ist das Landgericht von der richtigen Rechtsauffassung ausgegangen, wenn es gesagt hat: „Es ist zu prüfen, ob der Verein — dem Angeklagten bewußt — eine Einwirkung auf politische Angelegenheiten, d. h. auf Verfassung, Verwaltung oder Gesetzgebung des Staates, oder die staatlichen Rechte der Bürger, oder auf die internationalen Beziehungen der Staaten untereinander, sei es unmittelbar oder mittelbar, bezweckt hat, wobei es unerheblich ist, ob die Einwirkung den einzigen oder doch den Hauptzweck des Vereins bildet, oder nur nebenher unter Benutzung der Vereinsorganisation versucht und ausgeübt wird."

Auf dieser Grundlage hat es dann festgestellt, daß der Arbeiterturnverein namentlich dadurch, daß er seinen Mitgliedern die Arbeiterturnzeitung und das Liederbuch „Der freie Turner" zugänglich macht, einer ganz bestimmten politischen Partei, der Sozialdemokratie, dienen, den Kampf gegen die politischen Anschauungen, die in den sogenannten bürgerlichen Parteien vorherrschen, unter propagandistischer Vertretung und Verherrlichung der Grundsätze der Sozialdemokratie aufnehmen will. Zusammenfassend sagt es, daß eine derartige Wirksamkeit, auch wenn sie nur in einer mittelbaren Unterstützung einer politischen Partei bestehe, eine Einwirkung auf politische Angelegenheiten sei.

Der Gedankengang und auch die Einzelausführungen des Landgerichts sind frei von Rechtsirrtum. Die Revision hält die Ausführungen des Landgerichts für nicht bestimmt genug, aber mit Unrecht. Sie macht geltend: die Sozialdemokratie habe sich auch eine Reihe nicht-politischer Ziele gestellt, darunter vor allem die körperliche und geistige Förderung der jugendlichen Arbeiter, und der Turnverein sei, wenn er nur solche sozialdemokratische Ziele erstrebe, nicht politisch. Das Landgericht habe nicht geprüft, welche Zwecke der Turnverein mit der Verbreitung der Arbeiterturnzeitung verfolge. Es übersehe auch, daß es neben der sozialdemokratischen Politik auch eine sozialdemokratische Weltanschauung gebe. Beides sei nicht dasselbe. Die sozialistische Weltanschauung äußere sich in der Auffassung vom sittlichen Werte der Arbeit, von der Pflicht des Arbeiters und der Arbeiterklasse zur Neugestaltung der Menschheit wie der Gesellschaft und von den allgemeinen menschlichen Rechten auf Kultur, Gesundheit, Schönheit und Kraft. Das alles seien Anschauungen, die sich auch auf ganz unpolitischen Gebieten und in unpolitischer Weise betätigen ließen, und die Arbeiterturnzeitung bringe sie tatsächlich in gänzlich unpolitischer Art zum Ausdruck.

Das Landgericht redet allgemein davon, daß der Turnverein der Sozialdemokratie dienen wolle. Daß dabei vor allem an die politische Betätigung der sozialdemokratischen Partei gedacht ist, ergibt der ganze Zusammenhang. Es ist aber auch ausdrücklich davon die Rede, wenn es z. B. über die Arbeiterturnzeitung heißt, daß sie sozialdemokratische Anschauungen verbreiten und Parteigenossen gewinnen solle, um durch die Zunahme der Zahl der Anhänger auf Verwaltung und Gesetzgebung des Staates einen erhöhten Einfluß zu gewinnen. Das Landgericht rechnet also mit etwas ganz anderem, als der bloßen Verbreitung der sozialistischen Weltanschauung, die politisch nicht nutzbar gemacht werden sollte. Die Revision wendet sich demnach mit ihren Ausführungen in unzulässiger Weise gegen die tatsächlichen Feststellungen.

Das gilt auch, soweit sie anführt, das Landgericht habe nicht festgestellt, daß sich der Turnverein wirklich zum Zwecke gemacht habe, der Sozialdemokratie durch seine Vereinstätigkeit zu dienen. Das Landgericht sagt ganz ausdrücklich, daß er die Sozialdemokratie unterstützen *will*, nicht nur, daß er gelegentlich etwas tue, was der Sozialdemokratie zugute komme.

Wenn die Revision schließlich noch rügt, der Begriff des Einwirkens sei verkannt, so ist auch das unrichtig. Es genügt auch

eine mittelbare Einwirkung, und die Mittelbarkeit ist hier auch keine so entfernte, daß man die Beziehung zu den politischen Angelegenheiten nur künstlich feststellen könnte, vielmehr eine ganz nahe.

(Vgl. auch DJZ. 1896 S. 59; Johow u. Ring 17, 425; 22, 112; Preuß. OVG. 38, 417; GoltdArch. 51, 64; 58, 482; 59, 177.)

Urteil des ersten Strafsenats vom 1. März 1913, S 18/13 (nach Meiningen).

23. Gehören Arbeiten, die ein Schankwirt und Zimmermeister zur Herstellung einer Tanzbude vornehmen läßt, zum Betriebe seines Zimmerplatzes oder seines Schankgewerbes? §§ 105b, 105i der Gewerbeordnung.

Der Angeklagte hat am Sonntag, den 1. September 1912, vormittags durch seine Leute Arbeiten zur Fertigstellung einer Tanzbude vornehmen lassen, bei denen es nicht ohne Geräusch abging. Deshalb ist er nach Art. 3 des Meiningischen Landesgesetzes vom 27. Dez. 1905 über die Feier der Sonn- und Festtage, der geräuschvolle Arbeiten verbietet, bestraft worden. Mit Unrecht fühlt er sich dadurch beschwert, er hätte eigentlich nach § 146a GO. bestraft werden müssen, und diese Strafbestimmung droht eine härtere Strafe an.

Die Arbeiten an der Tanzbude waren Arbeiten im Betriebe seines Zimmerplatzes. In diesem Betriebe durfte er seine Arbeiter aber nach § 105b GO. am Sonntag nicht beschäftigen. Arbeiten im Betriebe eines Zimmerplatzes sind alle die Arbeiten, die der Betrieb mit sich bringt, es gehören dazu nicht etwa nur solche, die auf dem Zimmerplatz selbst vorgenommen werden (vgl. Landmann, GO, [6], 2 § 105b Anm. 2; Ziff. 61 des Ausschreibens vom 31. Dez. 1904). Uebrigens soll die Tanzbude auf dem Zimmerplatz gestanden haben, so daß es sich auch um Arbeiten auf dem Zimmerplatz gehandelt haben würde. An diesem Charakter der Arbeiten wird auch nichts dadurch geändert, daß die Tanzbude in der Hauptsache fertiggestellt war und nur noch kleinere Arbeiten daran vorgenommen wurden. Die Herstellung des Schankraums in der Tanzbude, aber auch das Wegschaffen der übrig gebliebenen Bretter waren Arbeiten im Betriebe des Zimmerplatzes.

Nun ist der Angeklagte allerdings zugleich Gast- und Schankwirt, und die Tanzbude sollte für die Ausübung der Schankwirtschaft und für eine Tanzlustbarkeit benutzt werden. Man könnte deshalb meinen,

es handle sich bei der Herrichtung der Tanzbude um Arbeiten im Betriebe der Schankwirtschaft, weil damit deren Ausübung vorbereitet werde. Für das Gewerbe der Schankwirtschaft und für Lustbarkeiten gilt § 105b GO. nicht (§ 105i). Aber solche Vorbereitungen wie Herstellung einer Tanzbude können nicht schon zum Betriebe des Schankgewerbes oder schon zur Tanzlustbarkeit selbst gerechnet werden, wenn sie auch damit in Verbindung stehen. Die Herstellung der erforderlichen Räumlichkeiten — bei gewissen Herrichtungen vorhandener Räumlichkeiten wird es anders sein können — liegt vor dem Betriebe der Schankwirtschaft, erst mit ihrer Benutzung setzt deren Betrieb ein. Sonst würde z. B. ein Wirt, der zugleich Maurermeister ist, seine Arbeiter auch Sonntags an einem Umbau seiner Schankstube arbeiten lassen können. Uebt ein Wirt zugleich noch ein Handwerk oder ein Handelsgewerbe aus, so ist bei seinen Tätigkeiten wohl zu scheiden, zu welchem Betriebe sie gehören. Eine Tätigkeit, die zur Ausübung des Handwerks gehört, fällt nicht deswegen in den Betrieb der Gast- oder Schankwirtschaft, weil sie in Beziehung auf diesen ausgeübt wird (vgl. auch Landmann § 105i Anm. 3 § 105b Anm. 12).

Eine Ausnahme nach § 105c GO. kommt nicht in Betracht, besonders kann sich der Angeklagte nicht etwa darauf berufen, daß es sich um Arbeiten in einem Notfall gehandelt habe.

Urteil des 1. Strafsenats vom 18. März 1913, S 28/13 (nach Rudolstadt).

Entscheidungen des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts in Jena.

Mitgeteilt vom Herausgeber.

18. Nach Ermessen des Oberverwaltungsgerichts kann einem Dritten gestattet werden, ein Verwaltungsstreitverfahren als Partei zu übernehmen.

Frühere formell nicht mehr anfechtbare Entscheidnugen begründen in Verwaltungsangelegenheiten, in denen die Entscheidung von wechselnden Umständen abhängig sein kann, nicht den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache.

Die Polizei hat im Großherzogtum die Pflicht, Angriffe gegen die öffentliche Ordnung abzuwehren.

Der Schutz der öffentlichen Ordnung umfaßt auch den Schutz der öffentlichen Sittlichkeit (Begriff der öffentlichen Sittlichkeit).

Theatervorstellungen sind regelmäßig nicht als Versammlungen im Sinne des Reichsvereinsgesetzes anzusehen.

Im Jahre 1911 beabsichtigte der Oberregisseur W. in Eisenach seine Tetralogie „Jesus“ aufzuführen und hatte sich zu diesem Zweck schon das dortige Stadttheater gesichert. Als der Bezirksdirektor von diesem Vorhaben erfuhr, erließ er unter dem 26. Februar 1911 von sich aus an W. eine Verfügung, in der er die Aufführung des Stückes verbot. Hiergegen legte W. Berufung ein, die durch Entscheidung des Staatsministeriums, Departement des Innern, vom 30. März 1911 zurückgewiesen wurde. Am 11. Oktober 1912 richtete W. dann ein neues Gesuch an den Bezirksdirektor, welches dahin ging, „das Verbot der Festspielvorstellungen der Jesus-Tetralogie nunmehr wieder aufzuheben.“ Der Bezirksdirektor erwiderte unter dem 6. November 1912, er habe nicht die geringste Veranlassung sein Verbot aufzuheben, zumal dasselbe durch zweitinstanzliche Entscheidung des Staatsministeriums bestätigt sei; die Frage sei damit endgültig und rechtskräftig entschieden. Hiergegen legte W. wiederum Berufung ein mit dem Antrag, das Verbot für ihn und seine Erben aufzuheben. Das Staatsministerium hat die Berufung durch Entscheidung vom 1. April 1913 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Anfechtungsklage. Nach Erhebung der Klage ist W. gestorben, wonach seine Witwe, die vom Kläger testamentarisch gebeten und ermächtigt war, sein Unternehmen fortzuführen, erklärte, daß sie in das Streitverfahren eintreten wolle. Das Oberverwaltungsgericht ließ das zu, wies aber die Klage mit nachfolgender Begründung ab:

Es fragt sich zunächst, ob Frau W. berechtigt ist, in den von ihrem Ehemann eingeleiteten Rechtsstreit einzutreten. Denn der Anfechtungskläger schöpfte seine Legitimation, eine polizeiliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufführung seines Stückes herbeizuführen, lediglich aus dem Umstand, daß er als Schauspielunternehmer auftreten wollte, und in diese Eigenschaft, die durch höchstpersönliche Voraussetzungen bedingt ist, gibt es keine Rechtsnachfolge. Der Eintritt der Frau W. in den Prozeß versteht sich daher nicht von selbst. Es ist aber unbedenklich, ihr den Eintritt zu gestatten. Darüber, wer in einem Verwaltungsstreit im Falle des Todes einer Partei be-

rechtigt ist, den Prozeß aufzunehmen, bestehen für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht keine gesetzlichen Bestimmungen. Die Aufnahme eines schwebenden Rechtsstreits durch einen Dritten ist nicht ausdrücklich im Gesetz gestattet, sie ist aber auch nicht verboten. Allgemeine Rechtsprinzipien schließen ein solches Verfahren nicht aus; die Uebernahme eines Rechtsstreits durch Dritte ist z. B. in den Fällen des §§ 75, 76 und 265 ZPO. vorgesehen. Ueberwiegende Gründe praktischer Zweckmäßigkeit können solche Ausnahmen wünschenswert machen; es kommen dafür dieselben rechtspolitischen Gesichtspunkte in Betracht wie bei der Zulassung einer Klageänderung. Im vorliegenden Fall mußte nun vernünftige Erwägung dazu führen, der Frau W. die Uebernahme des Rechtsstreits zu gestatten. Sie hat zwar nicht formell, aber in Wirklichkeit mit ihrem Gatten schon bisher dessen Sache geführt, sie ist in seinem Testament beauftragt, sein Unternehmen der Aufführung der Jesus-Tetralogie fortzuführen, und es ist an ihrer bestimmten Absicht und Fähigkeit, danach zu handeln, nicht zu zweifeln. Bei ihr liegen ferner gleichfalls die Voraussetzungen vor, die sie legitimieren würden, von sich aus eine polizeiliche Entscheidung über die in den gegenwärtigen Verwaltungsstreit gezogene Frage herbeizuführen. Das Staatsministerium vermißt in dieser Hinsicht allerdings den Nachweis, daß sie sich bereits wie ihr Ehemann das Eisenacher Stadttheater gesichert habe. Indessen darf man das zu ihrer Legitimation nicht fordern. Es muß für einen Schauspielunternehmer, dessen ganzes Unternehmen auf die Aufführung eines bestimmten Stückes zugeschnitten ist, die Möglichkeit bestehen, die Vorfrage, ob er das Stück überhaupt aufführen darf, zur Entscheidung zu bringen, ehe er das Unternehmen im Einzelnen gesichert hat. Im vorliegenden Fall würde die Versagung der Benutzung des Eisenacher Stadttheaters die erbetene Entscheidung auch nicht gegenstandslos machen, da Frau W. ebenso wie ihr Ehemann für diesen Fall die Erbauung einer eigenen Festhalle in Aussicht genommen hat. Es wären danach alle erkennbar für die Entscheidung der Streitfrage maßgebenden Gesichtspunkte dieselben, wenn das Streitverfahren von vornherein mit von ihr eingeleitet wäre. Bei dieser Sachlage wäre es ein unzweckmäßiges Verfahren, wenn man den schwebenden Prozeß als formell beendigt ansehen und sie auf die Einleitung eines neuen Prozesses über denselben Gegenstand verweisen wollte; ein solcher neuer Prozeß würde, bis er in das Stadium gelangt, in dem sich der gegenwärtige Prozeß befindet, eine völlig leere und sachlich unnütze Formalität bedeuten. Das wird vermieden, wenn man Frau W.

gestattet, in den formell nur von ihrem Ehemann erhobenen Rechtsstreit in seiner gegenwärtigen Lage als Partei einzutreten. Es wird damit für die Befriedigung des praktischen Bedürfnisses, auf dem einfachsten und schnellsten Wege zu einer sachlichen Entscheidung zu kommen, die entsprechende Rechtsform gegeben. Das ist im vorliegenden Fall um so unbedenklicher, als hier niemand davon einen Nachteil hat, und liegt auch ganz im Sinne der Geschäftsordnung des Oberverwaltungsgerichts, da diese von dem Grundsatz beherrscht ist, für die Gestaltung des Verfahrens möglichste Freiheit zu lassen.

Aus demselben praktischen Gesichtspunkt muß das theoretische Bedenken überwunden werden, daß der gegenwärtige Rechtsstreit deshalb als erledigt anzusehen sei und ein neues Verfahren eingeleitet werden müßte, weil das Verbot, dessen Aufhebung erstrebt wird, sich unmittelbar und formell zunächst nur gegen den Anfechtungskläger gerichtet habe und also mit dessen Tode gegenstandslos geworden sei. Sachlich ging die Meinung des Verbots offenbar dahin, daß es auch für die Angehörigen gelten sollte, mit deren Eintritt in das Unternehmen bei dem hohen Alter des Unternehmers von vornherein zu rechnen war. Auch hier würde es im vorliegenden Fall ein unnützer Formalismus sein, wenn man Frau W. darauf verwiese, erst noch abzuwarten, ob das Verbot, wenn sie sich anschickt, das Unternehmen fortzuführen, ihr gegenüber noch einmal formell ausgesprochen wird. Das Verbot kann im vorliegenden Fall unbedenklich als ihr gegenüber bereits wirksam geworden gelten.

In dem danach zwischen Frau W. und dem Staatsministerium zu Ende verhandelten Rechtsstreit ist von dem Vertreter der Klägerin in erster Linie geltend gemacht, das Verbot des Bezirksdirektors müsse schon deshalb aufgehoben werden, weil nicht dieser, sondern die Ortspolizeibehörde zum Erlaß desselben kompetent gewesen sei. Die Kompetenz des Bezirksdirektors zu der Verfügung vom 26. Februar 1911 kann nach Art. 22 der Verordnung vom 22. Mai 1850 (Reg.-Bl., 527) nicht wohl bezweifelt werden. Die Aufführung des Stückes war, nachdem die Benutzung des Eisenacher Stadttheaters bewilligt war, damals in nächster Zeit zu erwarten, und es war ersichtlich, daß die Ortspolizeibehörde von ihrer Befugnis, im öffentlichen Interesse einzuschreiten, nicht Gebrauch machen werde. War aber jene erste Verfügung einmal vom Bezirksdirektor erlassen, so mußte auch der Antrag auf förmliche Aufhebung des Verbots beim Bezirksdirektor angebracht werden, denn eine untere Polizeibehörde ist niemals berechtigt, die Verfügung der vorgesetzten Instanz aufzuheben. Die

Kompetenz des Bezirksdirektors zu der Verfügung vom 11. Oktober 1912, deren Rechtsbeständigkeit allein in diesem Streitverfahren in Frage kommt, war danach gegeben.

Bevor auf eine Nachprüfung der sachlichen Zulässigkeit des Verbots eingegangen werden konnte, war endlich erst noch darüber zu entscheiden, ob nicht diese Frage durch die vom Staatsministerium — nach damaligem Recht letztinstanzlich — bestätigte Verfügung vom 26. Februar 1911 materiell rechtskräftig entschieden ist. Der Bezirksdirektor hält schon aus diesem Grunde die Ablehnung des neuen Gesuchs vom 11. Oktober 1912 für gerechtfertigt. Das Staatsministerium ist dagegen auf eine nochmalige sachliche Prüfung der Zulässigkeit des Verbots eingegangen; nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts mit Recht. Das Gericht steht in der vielumstrittenen Frage nach der Rechtskraft von Entscheidungen in Verwaltungssachen in Uebereinstimmung mit anderen Oberverwaltungsgerichten (vgl. z. B. die Entsch. des preuß. OVG., 19, 382; 23, 169 und des sächsischen in dessen Jahrbüchern Bd. 1, S. 29) auf dem Standpunkt, daß materielle, den Staat bindende Rechtskraft von Entscheidungen jedenfalls in den Fällen nicht anzunehmen ist, wo wechselnde Umstände eine später abweichende Entscheidung rechtfertigen können. So liegt der vorliegende Fall. Es konnte dem Kläger nicht verschränkt werden, unter Hinweis auf veränderte Umstände eine neue Entschließung der Polizeibehörde zu erbitten.

In der Sache ist die angefochtene Entscheidung des Staatsministeriums damit begründet, daß die Aufführung der Jesus-Tetralogie das religiöse Empfinden weiter Bevölkerungskreise und der Landeskirche schwer verletzen und dadurch öffentliches Aergernis erregen würde. Diese Annahme stützt sich auf ein von ihm eingeholtes Gutachten des durch den ständigen Ausschuß der Landessynode verstärkten Kirchenrats, auf Aeußerungen des Kirchgemeindevorstands in Eisenach und anderer evangelischer Körperschaften sowie auf Stimmen aus kirchlichen Zeitschriften und der Tagespresse. Das Staatsministerium macht sich dabei im wesentlichen die Begründung des Gutachtens des Kirchenrats zu eigen. Darin ist ausgeführt, daß eine theatralische Darstellung der Person und des Lebens Jesu nur denkbar sei unter Voraussetzung religiöser Weihe des Ortes, der Personen und des Stoffes, Bedingungen, die niemals von dem gewöhnlichen Theater mit seinen Berufsschauspielern erfüllt werden könnten und hinsichtlich des Stoffes von dem W.schen Drama auch nicht erfüllt seien. Gegen diese Begründung richtet sich in erster Linie die Anfechtungsklage.

Das erkennende Gericht ist bei freier Würdigung der Sachlage zu dem Resultat gekommen, daß die Annahme des Staatsministeriums begründet ist, wenn es auch der Ansicht ist, daß sich die streitige Frage nicht glatt im Rahmen der in der Begründung angegebenen Fragestellung beantworten läßt. Das Erfordernis objektiver Weihe des Ortes im Sinne der katholischen Lehre wird zweifellos in der evangelischen Kirche nicht aufgestellt. Es soll in dem Gutachten auch wohl nur gesagt sein, daß die Oertlichkeit nicht religiöse Sammlung ausschließen dürfe. Daß dem in einem Theaterraum unbedingt so sei, ist nicht anzuerkennen. Die notwendige Weihe des Ortes wird im Einzelfall allerdings dann immer fehlen, wenn der Stoff eines Theaterstücks dazu angetan ist, auch andere Menschen, als die sich religiös erbauen wollen, heranzuziehen, und insofern ist dieser Gesichtspunkt immerhin auch beachtenswert. Auch der Satz, daß Berufsschauspieler nicht geweihte Persönlichkeiten sein könnten, und deshalb schon jede Darstellung der Person Jesu durch Berufsschauspieler Aergernis erregen müsse, kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Immerhin darf nicht unbeachtet bleiben, daß jedenfalls in weiten Kreisen die Verbindung religiöser Zwecke gerade mit der Schauspielkunst als anstößig empfunden wird, weil die Forderung der Uebereinstimmung der religiösen Aeußerung mit der religiösen Anschauung, die gerade in religiös empfindenden Kreisen besonders betont wird, an den Berufsschauspieler grundsätzlich nicht gestellt werden darf, denn sein künstlerischer Beruf besteht gerade darin, in seiner Person verschiedene Anschauungen zur Aeußerung zu bringen; es ist deshalb nicht, wie der Kläger meint, ein Widerspruch und eine durch mittelalterliche Anschauung hervorgerufene Beleidigung des Schauspielerstandes, wenn festgestellt wird, daß die Darstellung als heilig angesehener Vorgänge durch Berufsschauspieler als anstößiger empfunden wird wie eine Darstellung durch Dilettanten. Es ist beachtenswert, daß ein so kunstsinniger und liberaler Mann wie der Kirchenhistoriker Hase, der die Aufnahme des geistlichen Schauspiels in der evangelischen Kirche zum Gegenstand besonderen Studiums gemacht hat, auch zu dem Resultat kommt, daß die Darstellung heiliger Geschichten durch Schauspieler „immer etwas verletzendes haben" wird (Hase, Das geistliche Schauspiel, 307, vgl. 298 f.).

Die maßgebenden Gesichtspunkte für die Entscheidung der Frage, ob und in welchem Maße eine Aufführung der Jesus-Tetralogie anstößig wirken muß, ergeben sich allerdings erst aus der Betrachtung der Darstellung des Stoffes. Die Tetralogie enthält eine freie

Dichtung über die Personen der biblischen Geschichte, insbesondere die Person Jesu. Es ist weder das Bild, welches die verschiedenen Kirchenlehren geben, nachgezeichnet, noch auch geschichtliche Treue gewollt und vorhanden. Der Vertreter der Klägerin, Wolfsdorf, hat zwar unter Berufung auf seine Abhandlung „Karl W.s Jesusdichtung im Lichte der Evangelien" besonders betont, daß das Jesusbild W.s im ganzen dem geschichtlichen Jesus ähnlicher sei, als der Christus der Kirchenlehre, er stellt aber damit den Charakter des Stückes als freie Dichtung nicht in Abrede. In der Tetralogie ist Jesus das uneheliche Kind eines unehelichen Sohnes Herodes des Großen, in seiner Jugend auf Reisen in Indien vorgebildet, dann als Arzt in seiner Heimat tätig. Ebenso werden die übrigen Personen der biblischen Geschichte in freier Weise individualisiert: der Jünger Philippus als Harfenspieler, Andreas als Maler, Judas als ehrgeiziger Politiker, Marie Magdalena als Maitresse des Herodes Antipas, Pilatus und Kaiphas. Nicht anders sind die biblischen Geschichten umgedichtet. Die Braut auf der Hochzeit zu Kana wird, während sie Philippus liebt, genötigt, eine Konventionalehe einzugehen; sie wird zu der Ehebrecherin, die Jesus später verteidigt. Den Hintergrund, von dem sich die Person Jesu abhebt, bildet eine Darstellung der damaligen Sittenzustände, die als völlig verrottet vor Augen geführt werden. Dabei nimmt in allen vier Teilen die Darstellung der Unsittlichkeit in geschlechtlicher Beziehung breiten Raum ein. Das geschlechtliche Problem ist außerdem an hervorragenden Stellen besonders in den Vordergrund gerückt, so in der Geburtsgeschichte, bei der Hochzeit von Kana, in den Beziehungen Jesu zu Maria Magdalena. Jesus selbst ist rein menschlich dargestellt. Er unterliegt menschlichen Leidenschaften; er läßt sich verleiten, den Pharisäer Zadik zu verhöhnen, er verliert in der Tempelszene die Fassung, er zeigt sich der Erwägung einer Verbindung mit Maria Magdalena immerhin zugänglich. Die in der Bibel überlieferteu Worte Jesu werden ihm in anderem Zusammenhang in den Mund gelegt. Die Wundergeschichten des Neuen Testaments werden rationalistisch dargestellt.

Daß es für alle die, welchen die Person Jesu und die biblischen Geschichten in ihrer überlieferten Besonderheit objektive Heilswerte darstellen, schon verletzend wirken muß, wenn diese Werte zum Gegenstand freier Dichtung gemacht werden, wenn die Person Jesu, wie in dem Gutachten des Kirchenrats geklagt wird, „zu einem Theaterhelden nach den Bedürfnissen der Bühne" gemacht wird, liegt auf der Hand. Noch mehr aber muß die besondere Art der Darstellung der

Person Jesu, wie sie in dem W.schen Stücke gegeben ist, christlich religiös gesinnte Kreise verletzen. Die Gegensätzlichkeit einer solchen Darstellung der Person Jesu zu der katholischen und orthox-evangelischen Auffassung bedarf keiner näheren Ausführung. Sie ergibt sich schon in Hinsicht auf den Glauben, daß in Christus Gott unmittelbar erschienen ist. Diese Erscheinung so darzustellen, wie es W. tut, muß die Anhänger dieses Glaubens fast wie eine Gotteslästerung verletzen. Aber die Gegensätzlichkeit besteht auch für die liberalste christliche Auffassung. Auch ihr erscheint die Person Jesu als eine Verkörperung religiösen Lebens in idealer Höhe, deren Betrachtung höchsten religiösen Wert für den Einzelnen darstellt. Der spezifisch religiöse Wert liegt dabei darin, daß die rein religiöse Beziehung ganz in den Vordergrund, alles Sinnlich-menschliche in den Hintergrund tritt. Darin finden ungezählte Christen, auch solche, die mit der offiziellen Kirche gar keine Fühlung haben, religiöse Erbauung. Diese Anschauung ist gerade durch die evangelische Kirche durch die Betonung des inneren Glaubenslebens herrschend geworden und sie zeigt sich besonders ausgeprägt in der in weiten Kreisen evangelischer Christenheit verbreiteten Auffassung, daß das Wesen der Religion überhaupt in subjektiver Innerlichkeit bestände. Die immer wohl noch überwiegende Mehrzahl religiös gesinnter Christen kann nur in dieser Idealperson Jesu religiöse Erbauung finden, mit ihr ist ihnen aber auch religiöse Erbauung untrennbar verbunden. Nun bleibt die W.sche Auffassung der Person Jesu jedenfalls hinter diesem Ideal weit zurück. Die Person Jesu ist ebenso wie die der Mutter Maria mit den verschiedensten, manchen geradezu unsympatisch berührenden, menschlichen Schwächen behaftet. Die Betrachtung dieser Person schließt daher für weiteste Kreise spezifisch religiöse Erbauung aus. Diese als untrennbar gewohnte Verbindung mit religiöser Erbauung wird aber auch durch die ganze Art, wie die biblische Geschichte in der Tetralogie dargestellt ist, für die überwiegende Zahl christlich-religiös empfindlicher Menschen ausgeschlossen, wie denn die Darstellung Jesu bei W. offenbar auch gar nicht den Zweck nur spezifisch religiöser Erbaunng haben soll. Das ergibt der ganze Zusammenhang, in den die Person Jesu gesetzt ist. Die eingehendste Schilderung der Unsittlichkeit damaliger Zeit ist in den ersten beiden Stücken der im Vordergrund stehende Gegenstand und nimmt auch in den beiden letzten Stücken breiten Raum ein. Und es erscheint diese Schilderung offenbar nicht nur zu dem Zweck, einen Hintergrund für das Auftreten Jesu zu geben, sondern als Selbstzweck einer künstlerischen Darstellung damaliger Zustände, die gerade

in ihren burlesken Einzelheiten am bühnenwirksamsten ist. Die Person Jesu, in diese Umgebung hineingesetzt, verliert in der Tat jede religiöse Weihe, besonders da sie sich nicht davon ideal abhebt, sondern aufs Engste gerade mit den Vorgängen in Verbindung gebracht wird. Der Dichter will an der Stellung der Person Jesu besonders auch das geschlechtliche Problem behandeln. Die Geburtsgeschichte, die Erörterungen über die freie Liebe bei der Hochzeit zu Kana, sein Verhältnis zur Magdalena drängen sich wie Programmpunkte auf. Das ganze Stück ist danach orientiert, so daß eine Streichung einzelner als besonders anstößig empfundener Stellen in dieser Hinsicht nichts wesentliches ändern würde. Mag man nun über die Berechtigung, die geschlechtlichen Fragen auf der Bühne zu behandeln, denken wie man will, jedenfalls setzt sich der Dichter, indem er dieses Problem bei der Darstellung der Person Jesu in den Vordergrund schiebt, in den denkbar größten Gegensatz zu den Empfindungen, die die Mehrzahl der Christen mit Jesu Gestalt verknüpfen. Denn es ist grade die keusche Zurückhaltung und Unberührtheit von sinnlichen Affekten, die die Person Jesu Ungezählten so weihevoll macht. Dazu kommt, daß sich die in dem Stück zum Ausdruck gebrachten Anschauungen auch sachlich in Gegensatz zu den weite Kreise unseres Volkes beherrschenden Anschauungen setzen. Die unmittelbare Verquickung der religiösen Versenkuug mit sinnlicher Liebe, wie sie in der Geburtsgeschichte als ideal dargestellt wird, gilt christlicher Auffassung gradezu als eine gefährliche Verirrung, und die Auslassungen über die freie Liebe und die Idealisierung der Magdalena widersprechen wohl ebenfalls sehr stark dem Sittlichkeitsgefühl weiter Kreise. Diese ganze Behandlung des Stoffes muß aber weiter notwendig die Wirkung haben, daß die Tetralogie ein großes Publikum anzieht, dem es garnicht um religiöse Erbauung, sondern lediglich um einen künstlerischen Genuß, vielleicht sogar nur um ein minderwertes Theatervergnügen zu tun ist. So würde die Darstellung Jesu — bewußt oder unbewußt — Attraktionsgegenstand für andere Zwecke werden. Daß diese Befürchtung gerade in Eisenach nicht unbegründet ist, zeigen auch tatsächliche Vorgänge: Das treibende Interesse, welches gerade die Geschäftswelt dem Unternehmen entgegengebracht hat und die ausgesprochene Absicht, die Vorstellungen zum Gegenstand von Geschäftsgewinnen im großen Stil zu machen. In der gleich nach Erlaß des Verbots zusammengetretenen, von 2000 Personen besuchten Protestversammlung, in der nach Annahme der Klage die Anschauungen der Mehrheit der Eisenacher Bürger zum Ausdruck kam, wurde die Resolution gefaßt: „Daß

keinerlei Gründe des öffentlichen Wohles vorliegen, welche ein Verbot der Aufführung im Eisenacher Stadttheater stützen könnten. Die wirtschaftliche Schädigung Eisenachs würde durch Verhinderung dieser Aufführung eine sehr erhebliche sein und als eine durchaus ungerechtfertigte Zwangsmaßregel und als Eingriff in die Selbstverwaltung besonders drückend von der Bürgerschaft empfunden werden". Und schon vorher hatte der Fremdenverkehrsverein eine Zuschrift an den Gemeinderat gerichtet, in der er ausführte: er „halte es im Interesse der Förderung Eisenachs für seine Pflicht darauf aufmerksam zu machen, daß die Gesamtheit der Eisenacher Geschäftswelt, welche er vertrete, es außerordentlich bedauern würde, wenn die geplanten Aufführungen scheitern würden. Es ginge damit die Gelegenheit verloren, wohlhabende Fremde in großer Zahl nach Eisenach zu ziehen und erheblichen Geschäftsverdienst zu machen". Dasselbe rein geschäftliche Interesse kommt in dem späteren Anerbieten der Reisefirma Cook zum Ausdruck, das Unternehmen der Aufführung der Jesustetralogie durch feste Abnahme von Eintrittskarten für jährlich 50 000 M. zu unterstützen. Diese Verquickung der Person Jesu mit anderen Zwecken, insbesondere dem gewerblichen, muß in religiös empfindenden Kreisen, als höchst anstößig empfunden werden.

Mit der Hervorhebung aller vorstehenden, auf verschiedene Menschen verschieden wirkenden Momente ist freilich noch nicht restlos bewiesen, daß die Aufführung der Jesus-Tetralogie von der Mehrheit unserer Bevölkerung als anstößig würde empfunden werden. Eine dahingehende Feststellung konnte schließlich nur Sache einer freien Würdigung sein, die das Gericht vornahm auf Grund der Kenntnis, die seine Mitglieder von dem Empfinden ihrer Mitbürger zu haben glauben. In seiner so gewonnenen Ueberzeugung, daß die Aufführung der Jesus-Tetralogie ein schweres öffentliches Aergernis hervorrufen würde, wurde das Gericht ebenso wie die Vorinstanzen bestärkt, durch den Hinblick auf die Aufnahme, die der Plan der Aufführung in kirchlich interessierten Kreisen wie in der breiten Oeffentlichkeit gefunden hat. Es ist dabei das Gutachten des durch den Synodalausschuß verstärkten Kirchenrats nicht als ohne weiteres maßgebend angenommen. Es mußte aber beachtenswert erscheinen für die Beurteilung der in der hiesigen faßt ausschließlich evangelisch-christlichen Bevölkerung herrschenden Anschauungen, in die man sich hineindenken muß, um die voraussichtlichen Wirkungen der Aufführung richtig zu ermessen. Daß der Kirchenrat, wie ihm vorgeworfen ist, einseitig nur die sogenannte orthodoxe Auffassung zu vertreten hat und ver-

treten hätte, ist unrichtig. Gehören doch, wie bekannt, zu dem erweiterten Kollegium Männer mit freigesinnten Anschauungen, deren einige in Sonderäußerungen auch gezeigt haben, daß sie dem Werke W.s., dem sie zum Teil hohe Poesie nachrühmen, gar nicht voreingenommen gegenüberstehen. Ebenso beachtenswert ist es, daß kirchliche Vereinigungen aller, auch liberalster Richtungen gegen die Aufführung protestiert haben und sich nur ganz vereinzelt Stimmen aus kirchlichen Kreisen dafür erhoben haben, daß endlich auch im Landtag Vertreter aller bürgerlichen Parteien für das Verbot eingetreten sind. Daß alle diese Aeußerungen, wie die Klage annimmt, durch eine künstliche Stimmungsmache hervorgerufen sind, ist nicht anzunehmen. Richtig ist nur, daß jene ablehnende Stimmung erst nach dem ersten Verbot so stark zum Ausdruck gebracht, vielleicht auch den Beteiligten erst danach ins Bewußtsein getreten ist. Das ist dadurch erklärlich, daß erst später die Momente hervortraten, die die Tetralogie zu einem Sensationsstück und damit besonders anstößig machten.

Die Erwägung, daß zur Zeit des ersten Verbots der durch eine Aufführung gegebene Anstoß vielleicht ein geringerer und nicht so beachtlich gewesen wäre, kommt für die Entscheidung darüber, ob das im Oktober 1912 erneute Verbot gerechtfertigt war, nicht in Betracht. Endlich kann auch der in der Anfechtunsklage besonders betonte Hinweis auf die Aufführung anderer Theaterstücke, in denen die Person Jesu und selbst Gottes vorkommt, die getroffene Feststellung nicht erschüttern. In allen in der Klage angeführten Fällen liegen die Verhältnisse anders als hier. Nicht zutreffend ist zunächst der Hinweis auf Goethes Faust und Hoffmannsthals Jedermann. In beiden Stücken handelt es sich nur um kurze einleitende Worte, die Gott in den Mund gelegt werden, und die Aufführung wird, dem Vernehmen nach auch bei den Aufführungen von Hoffmannsthals Stück, so gehalten, daß die Stimme Gottes hinter der Bühne gesprochen wird. Der wesentliche Unterschied von den Oberammergauer Passionsspielen liegt darin, daß hier Gegenstand der Darstellung die biblische Person Jesu ist, wie dies ebenso bei dem in Wien angeblich aufgeführten und wohl auch den vielleicht sonst von Dilettanten hie und da zur Darstellung gebrachten Passionsspielen sowie bei den kinematographischen Vorführungen angenommen werden kann. Bei den Oberammergauer Spielen kommt dann weiter noch der große Unterschied in Betracht, daß sich diese Vorstellungen in rein katholischer Bevölkerung in naiver Auffassung der Darstellenden ent-

wickelt haben. Es ist charakteristisch und bestätigt das eben Gesagte, daß in dem Maße, wie diese Naivität schwindet und die Vorstellungen einen lediglich schaulustigen Fremdenstrom heranzuziehen anfangen, auch gegen sie Bedenken geäußert sind. Die äußere Verquickung religiöser Betätigung mit geschäftlichem Treiben, wie sie in Wallfahrtsorten beobachtet ist, kann auch nicht als vorbildlich hingestellt werden, sie würde hier in Thüringen entschieden als religiös anstößig empfunden werden. Wenn in Bremen die Person Jesu ohne Anstoß auf die Bühne gebracht ist, so ist daraus gleichfalls kein Rückschluß auf die hiesigen Verhältnisse zu ziehen. Es mögen dort gerade in kirchlicher Hinsicht andere Anschauungen bestehen, wie wiederum in Thüringen an den Erinnerungsstätten der Reformation ganz besondere Verhältnisse vorliegen.

Nach alledem kann die der angefochtenen Entscheidung des Staatsministeriums zugrunde liegende Annahme, daß durch die Aufführung der Jesus-Tetralogie das religiöse Empfinden weiter Kreise der Bevölkerung schwer verletzt werden würde, von Rechtswegen nicht beanstandet werden. Aber auch für den Fall, daß diese Annahme zutreffend ist, hält die Anfechtungsklägerin das Aufführungsverbot für unzulässig. Nach Ansicht ihres Vertreters ist maßgebend allein das Reichsvereinsgesetz, wonach Präventivverbote von Versammlungen in geschlossenen Räumen überhaupt unzulässig und sicherheitspolizeiliche Beschränkungen nur insoweit zulässig sind, als es sich um die Verhütung unmittelbarer Gefahr für Leben und Gesundheit der Teilnehmer handelt. Diese Ansicht ist nicht richtig. Mit Recht geht die herrschende Auffassung dahin, daß Theateraufführungen, ebenso wie sonstige jedermann zugängliche Unternehmungen, bei denen die Unterhaltung des Publikums den Hauptzweck bildet, regelmäßig nicht als Versammlungen im Sinne des Reichsvereinsgesetzes anzusehen sind (vgl. u. a. Hellwig, Hirths Ann. 1910 S. 893 ff., 907 u. Entsch. des preuß. OVG. 54, 251), und es bilden auch die Schauspieler zusammen mit den Publikum regelmäßig nicht eine Versammlung in dem Sinne, daß das Verbot einer Aufführung etwa als ein an die Versammlung gerichtetes Verbot, sich in bestimmter Weise zu äußern, und unter diesem Gesichtspunkt mittelbar als Versammlungsverbot angesehen werden könnte. Das Reichsvereinsgesetz findet daher auf das von der Klägerin geplante Unternehmen, das sich in der Art des Zusammentritts und Zusammenwirkens der Beteiligten nicht wesentlich von gewöhnlichen Theaterunternehmungen unterscheiden soll, keine Anwendung.

Mit dieser Feststellung ist aber die Zulässigkeit des angefochtenen Verbots allerdings noch nicht dargetan. Mit Recht fordert die Klägerin den Nachweis einer bestimmten, das Verbot begründenden Rechtsnorm. Denn das Wesen des Rechtsstaats liegt darin, daß auch die Beziehungen der Untertanen zum Staat einer objektiven Rechtsordnung unterstehen, an welche die Regierung gebunden ist. Jeder Eingriff der Regierung in die Willenssphäre des Untertanen muß daher eine gesetzliche Unterlage haben. Damit ist aber wiederum nicht gesagt, das diese Unterlage immer ein gerade den betreffenden Eingriffsfall ausdrücklich vorsehendes und konstitutionelles Gesetz sein muß, sondern es kann dies auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz sein, und es steht dabei eine gewohnheitsrechtlich entstandene Norm der gesetzten gleich (vgl. darüber neuerdings Anschütz, die Verfassungsurkunde f. d. Preuß. Staat 1912, 141, 162). Besondere Rechtsnormen über die Theaterzensur bestehen im Großherzogtum Sachsen-Weimar nicht. Es besteht weder die Verpflichtung, Stücke zur Genehmigung der Aufführung der Polizeibehörde vorzulegen, noch sind über die Zulassung von Theaterstücken gesetzliche Normen erlassen oder gewohnheitsrechtliche Normen nachweisbar. Das Recht, die Aufführung eines Theaterstückes zu verbieten, ist daher hier wie auch anderwärts nur als Ausübung des allgemeinen Polizeirechts der Regierung zu rechtfertigen (vgl. darüber u. a. G. Meyer im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Art. Theaterrecht; Schultzenstein im VerwArch. 5, 467, Wolzendorf ebenda XVIII, 475: „Befugnisse und Grenzen der Theaterzensur sind nur die Projektion des allgemeinen Polizeirechts auf ein bestimmtes Gebiet"). Das Staatsministerium beruft sich denn auch zur Begründung seiner Entscheidung lediglich auf die für das Polizeirecht geltenden Rechtsnormen. Es findet durch diese das Recht der Regierung, im vorliegenden Fall einzugreifen, begründet. Mit Recht. Es ist ein in Theorie und Praxis anerkannter Satz, daß die Polizei das Recht und die Pflicht hat, die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten, und daß sie sich dabei aller nicht gesetzlich ausgeschlossener Mittel bedienen kann. Dieser Satz ist in manchen Staaten besonders gesetzlich fixiert, wie z. B. nach der herrschenden Auffassung in Preußen durch § 10 des allgemeinen Landrechts II. 17, in Baden durch § 30 des Polizeistrafgesetzbuches von 1863; aber auch dort, wo er nicht fixiert ist, ist er als staatsrechtlicher Grundsatz anerkannt (vgl. u. a. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1, 257, 258 ff.; Fleiner, Institution des deutschen Verwaltungsrechts 312; Jellinek im Verwaltungsarchiv 5, 309; G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1, 85, An-

schütz, Die Polizei, 1910, 11 ff., Thoma, Der Polizeibefehl, 49, 50. Speziell für preußisches Recht Rosin im VerwArch. 3, 365 f., für Sachsen v. d. Mosel, Handwörterbuch des Sächsischen Verwaltungsrechts Art. Polizeigewalt, für Baden Schlusser-Müller, Das badische Polizeistrafrecht, (3), 16 f., für Württemberg Bazille in der Württembergischen Zeitschrift f. Rechtspflege und Verwaltung, 2, 122.). Bestritten ist nur, wie weit der Begriff der öffentlichen Ordnung geht, ob insbesondere nur die Aufrechterhaltung der äußeren Ordnung der unmittelbare Gegenstand der polizeilichen Fürsorge ist. Es ist gerade in Hinsicht auf die Theaterzensur die Ansicht vertreten, daß immer nur die Befürchtung äußerer, durch unrechtmäßige Handlungen hervorgerufener Unordnung Anlaß zum polizeilichen Einschreiten geben könne (vgl. u. a. Kleefeld, Die Theaterzensur in Preußen 54 f. Dazu Opet, Deutsches Theaterrecht 150 f., Wolzendorff in der „Polizei" IX, 26). Wäre dies anzunehmen, so wäre im vorliegenden Fall polizeiliches Einschreiten nicht gerechtfertigt gewesen. Denn die Befürchtung erheblicher tumultuarischer Vorgänge, die der Bezirksdirektor in seinem Bescheide vom 26. Februar 1911 ausspricht, ist, wie auch das Staatsministerium schon bemerkt hat, nicht ausreichend begründet. Indessen ist in der Theorie auch die Ansicht mit Entschiedenheit vertreten, daß man unter öffentlicher Ordnung „den Inbegriff der Normen zu verstehen habe, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden ethischen und sozialen Anschauungen als Vorbedingung einer gedeihlichen Koexistenz aller, als Grundlage des Gemeindelebens gilt". (So Anschütz, Die Polizei, 1910, 17, vgl. auch Rosin a. a. O. 312, v. d. Mosel, a. a. O., Art. Schauspiel. Dazu Hellwig im VerwArch. 21, 430 ff.) und die Praxis läßt erkennen, daß sich in dieser Richtung ein Gewohnheitsrecht entwickelt hat. So hat sich das preußische Oberverwaltungsgericht auf den Standpunkt gestellt, daß die Gefahr im Sinne des § 10 ALR. II, 17 auch darin bestehen kann, daß im Publikum Anschauungen wachgerufen und befestigt werden, die zu einem die staatliche Ordnung gefährdenden Verhalten führen können (vgl. die Entsch. vom 19. Juni 1905, 47, 332 und vom 7. Juni 1911 im Recht, 1911, Sp. 733), und es kommt weiter dazu, die Polizei für verpflichtet zu erklären, jede das öffentliche Interesse berührende Verschlechterung der Sittlichkeit zu verhüten, mag diese Verschlechterung bestehen in einer Verschlechterung des sittlichen Handels oder zunächst nur in einer solchen des sittlichen Denkens und Fühlens, welches letztere schließlich auch zu einer Verschlechterung des sittlichen

Handelns führen muß und führen kann (vgl. die Entsch. vom 2. Mai 1892 bei Reger 12, 421). So wird schließlich die öffentliche Sittlichkeit schlechthin als selbständiges Schutzobjekt der polizeilichen Fürsorge angenommen (vgl. die Entsch. vom 1. Dez. 1892, 24, 312 und vom 29. Jan. 1903 GewArch. 2, 586). Ebenso das sächsische Oberverwaltungsgericht, welches den Begriff der öffentlichen Sittlichkeit dahin präzisiert, daß es sich dabei um den Inbegriff der sittlichen Anschauungen handelt, die die notwendige Grundlage des staatlichen Zusammenlebens bilden (vgl. die Entsch. vom 16. März 1901 und 9. Nov. 1901 in seinen Jahrbüchern 1, 26 ff., 2, 28 ff. und dazu die Bemerkung im GewArch. 1, 446). Auf dieser Auffassung des Begriffes der öffentlichen Ordnung beruht es, wenn z. B. das preußische Oberverwaltungsgericht die berechtigten vaterländischen Empfindungen schlechthin als schutzberechtigt bezeichnet (Entsch. vom 22. Sept. 1908 bei Reger 29, 479 betr. die Aufführung eines Welfenstücks, vom 16. Mai 1902. Entsch. 41, 432 betr. eine dänische Provokation) und ein „Aergernis in religiöser Beziehung", einen „Angriff auf die christliche Religion" als ausreichenden Grund für das Verbot eines Theaterstückes oder selbst des Verbots der Ausstellung eines Jesusbildes zu Reklamezwecken sieht (Entsch. vom 18. Dez. 1896 31, 411, vom 19. Jan. 1903 43, 303 und vom 12. Nov. 1895 im preuß. VerwBl. 17, 256). Abgesehen von diesen Entscheidungen ist die Verwaltungspraxis anderer Staaten aus Verwaltungsinstruktionen ersichtlich. In Preußen wurde durch Ministerialverfügung vom 8. Okt. 1875 (MBl. f. d. innere Verw. 271) generell bestimmt: „für unzulässig müssen vom polizeilichen Standpunkt öffentliche Darstellungen aus der biblischen Geschichte des alten und neuen Testaments namentlich aus Jesu Lebens- und Leidensgeschichte, mögen die Darsteller sich als lebende Bilder oder in szenisch sich bewegenden Handlungen zeigen, um deshalb erachtet werden, weil solche Darstellungen in einem großen Teil der Bevölkerung Anstoß erregen und die religiösen Gefühle vieler verletzen würden." Und hinsichtlich des Kinematographentheaters wurde durch Ministerialerlaß vom 19. Juli 1908 (vgl. Reger 28, 580) bestimmt, es sei darüber zu wachen, daß weder durch den Inhalt der Bilder noch durch die Art ihrer Vorführung, Anstoß erregt oder das religiöse Empfinden der Zuschauer verletzt werde. Anstößige und das religiöse Gefühl verletzende Vorführungen seien auf Grund des § 10 II, 17 im Wege der polizeilichen Verfügung zu verbieten. In Bayern wurde durch Verfügung des Staatsministeriums des Innern vom 7. Okt. 1854 bestimmt: „Darstellungen aus dem Leben Christi, wie bildliche

religiöse Darstellungen überhaupt, auf öffentlichen Schaubühnen und durch gewöhnliche Schauspielertruppen gegeben, erscheinen aus sehr erheblichen Erwägungen unangemessen und unzulässig und sind daher im Allgemeinen nicht zu gestatten. Ausnahmsweise kann die Bewilligung zu derartigen Darstellungen nur von der Kgl. Regierung, Kammer des Innern, erteilt werden, welche jedoch hierbei immer vor der Bewilligungserteilung mit der einschlägigen geistlichen Oberbehörde ins Benehmen zu treten, außerdem noch alle in Betracht kommenden Verhältnisse genau zu erwägen hat." Kinematographische Vorführungen der Passionsgeschichte sind dort durch Ministerialerlaß vom 19. Juli 1908 (vgl. Reger 28, 581) überhaupt verboten. In Baden ist durch Ministerialerlaß vom 27. Aug. 1886 (Reger 7, 347) darauf aufmerksam gemacht, daß polizeilich zu prüfen ist, ob „die Darstellung von Szenen aus der biblischen Geschichte nach der Art der Oberammergauer Passionsspiele, nicht das religiöse Gefühl der Zuschauer zu verletzen geeignet sei und dieselbe gegen die guten Sitten verstoße". Ebenso sind in anderen Staaten — Elsaß-Lothringen, Sachsen, Bremen, Hamburg (vgl. Hellwig im VerwArch. 21, 408) Verordnungen erlassen, in denen kinematographische Schaustellungen verboten werden, „welche in sittlicher oder religiöser Beziehung Aergernis zu geben geeignet sind."

Der hier überall angenommene Rechtsgrundsatz ist auch für das Großherzogtum anzuerkennen. Denn die Erwägung, die seiner Annahme zugrunde liegt, ist eine allgemein zutreffende. Anders als in der Sittlichkeit, die das private Verhalten der Bürger zueinander beherrscht, erscheint in der öffentlichen Sittlichkeit die staatliche Ordnung selbst, indem ihre Betätigung unmittelbar das Verhalten des Staatsbürgers zum Ganzen bestimmt. Der Staat übt danach nur das Recht der Selbsterhaltung, wenn er Angriffe gegen die öffentliche Sittlichkeit abwehrt, und da die vielen Möglichkeiten solcher Angriffe nicht gesetzlich vorgesehen werden können, muß ein gewisses freies Handeln der für die Staatserhaltung verantwortlichen Organe zugelassen werden. Im übrigen ist auch die staatsrechtliche Entwickelung im Großherzogtum keine wesentlich andere gewesen, wie in den umliegenden Staaten. Besondere gesetzliche Bestimmungen über Begründung und Umfang der Polizeigewalt sind außer dem Gesetz vom 7. Jan. 1854 nicht ersichtlich. Denn das Gesetz vom 11. März 1850 enthält keine dahingehende dispositive Bestimmung; es ordnet nur die Kompetenz zur Ausübung der als bestehend vorausgesetzten Polizeigewalt. Und ebensowenig konnte es Zweck der Ausführungsverordnung vom

22. Mai 1850 sein, den Umfang der staatlichen Polizeigewalt gesetzlich festzulegen, weder beschränkend noch erweiternd gegen die bisherige Rechtslage. Es ist daher nicht recht zutreffend, wenn der Bezirksdirektor und anscheinend auch das Staatsministerium annehmen, daß das Recht zum Einschreiten der Polizei in dem Gesetz vom 11. März 1850 begründet sei. Dies Recht bestand damals bereits als allgemeiner staatsrechtlicher Grundsatz ohne gesetzliche Fixierung. Und daran ist auch durch das Gesetz vom 7. Jan. 1854 nichts geändert. Auch dieses Gesetz ist nicht der Rechtsgrund der staatlichen Polizeigewalt überhaupt. Sein Zweck war es nur, das Strafandrohungsrecht der Behörden näher zu bestimmen. Das Bestehen der Polizeigewalt war, wie die Vorverhandlungen ergeben, dabei vorausgesetzt. Wenn übrigens in dem Gesetz das Recht zu Strafverfügungen gegeben ist, „wenn dringende Gründe des öffentlichen Wohles oder Abwendung von Gefahren für das Leben, die Gesundheit oder das Vermögen es erheischen", so kann man darin auch nur eine Anerkennung der anderwärts in einer durch die Judikatur bestätigten Praxis entwickelten Grundsätze wiederfinden. Daß insbesondere die Ausübung der Polizeigewalt grundsätzlich nicht nur zur Wahrung der äußeren Ordnung für zulässig erachtet wurde, geht schon aus § 1[i] der Ausführungsverordnung von 1850 hervor, und es liegt daher um so weniger Grund vor, den in der Praxis anderer Staaten entwickelten Satz, daß die Erhaltung der „öffentlichen Sittlichkeit" Aufgabe der Polizei ist, nicht auch hier anzunehmen. Tatsächlich ist auch im Großherzogtum schon danach verfahren, indem auch hier eine Ministerial-Verordnung vom 4. Jan. 1913 (RegBl. 5) erlassen ist, wonach kinematographische Darstellungen, die gegen die gute Sitte verstoßen oder geeignet sind, verrohend zu wirken, verboten werden.

Es kann nun dahingestellt bleiben, ob die Anwendung des Rechtssatzes, daß die Polizei die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten hat, das Verbot einer religiös anstößigen Darstellung der Person Jesu und biblischer Vorgänge schon unter dem Gesichtspunkt rechtfertigt, daß die kirchliche Ordnung schlechthin als ein Teil der Staatsordnung anzusehen ist, wie das vom preußischen Oberverwaltungsgericht (vgl. Entsch. 43, 303 dazu Wolzendorf im VerwArch. 18, 476) angenommen ist; es müßte dazu das Verhältnis von Staat und Kirche im Großherzogtum geprüft werden. Auch wenn man diese Voraussetzung nicht als gegeben annimmt, so rechtfertigt sich das Verbot schon unter dem Gesichtspunkt, daß damit die öffentliche Sittlichkeit geschützt wird, deren Betätigung zur öffentlichen

Ordnung gehört. Zu den sittlichen Grundsätzen, deren Beachtung für unser staatliches Zusammenleben in Deutschland sich nach jahrhundertelanger Erfahrung als Grundbedingung erwiesen hat, gehört die religiöse Toleranz, die besondere Rücksichtnahme auf das religiöse Empfinden der Mitbürger. Das friedliche Nebeneinanderleben der Staatsbürger mit verschiedenen Weltanschauungen ist „unmittelbares Staatsinteresse.“ Es ist eine im Interesse der Erhaltung unseres Staatslebens zu erhebende sittliche Forderung, daß die religiösen Gefühle der Mitbürger nicht gröblich verletzt werden. Diese Forderung muß der Staat erheben nicht im Interesse des Schutzes einer bestimmten Konfession, sondern bei völliger Indifferenz gegen die verschiedenen Weltanschauungen im eigenen Interesse (vgl. darüber die Auslassungen des preuß. Ministerpräsidenten im Abgeordnetenhaus vom 7. März 1911. Verh. 3459/60 — auch Kunze, Das Verwaltungsstreitverfahren 328). Wie der Staat von diesem Gesichtspunkt aus z. B. selbst gewisse kirchliche Handlungen der katholischen Kirche in rein evangelischen Gegenden verbietet, weil in ihnen in besonderer Weise die Gegensätzlichkeit der Anschauungen religiösen Anstoß erregt, so muß er es um so mehr in dem vorliegenden Fall tun, wo die religiösen Grundgefühle weiter Kreise der Bevölkerung unmittelbar aufs schwerste würden verletzt werden. Die Gegenausführung des Vertreters der Klage, daß dann mit demselben Recht auch jede andere Meinungsäußerung, durch welche das religiöse Gefühl weiterer Kreise verletzt würde, verboten werden könnte, ist unzutreffend. Es kommt darauf an, ob die Verletzung so stark ist, daß sie nach den herrschenden ethischen Anschauungen im Interesse des bürgerlichen Zusammenlebens unerträglich erscheint. Daß hier theoretisch eine bestimmte Grenze nicht angegeben werden kann, hindert nicht die durch praktisches Urteil zu treffende Feststellung, daß im Einzelfall das zulässige Maß überschritten ist, und sicher ist, daß die Verletzung des religiösen Empfindens durch theatralische Darstellung einen besonderen Charakter hat, schon deshalb, weil die schauspielerische Darstellung ganz anders wirkt, wie das einfache Wort und die Schrift (vgl. darüber u. a. Schulzenstein im VerwArch. 6, 97 und Hase a. a. O. 295) als auch deshalb, weil hier eben schon in der Verbindung des Religiösen mit dem Theatralischen an sich ein selbständiger Grund des Anstoßes liegt.

Endlich ist von dem Vertreter der Klägerin auf den hohen künstlerischen Wert des W.schen Stückes hingewiesen und ausgeführt, daß gerade im Staat eines Schiller und Goethe die Entfaltung künstlerischen Lebens nicht gehindert werden dürfe. Indessen kann eine

Erwägung nach dieser Richtung hin die Unzulässigkeit des Verbots nicht dartun. Es kann dahingestellt bleiben, ob der künstlerische Wert des W.schen Stückes überhaupt zum Gegenstand objektiver Feststellung gemacht werden kann. Die Jesus-Tetralogie gehört offenbar zu den Stücken, die bei verschiedenen auch sachverständigen Personen einen grundverschiedenen Eindruck hinterlassen. Es liegen bereits motivierte Urteile vor, daß sie künstlerisch völlig wertlos sei und vollends bei einer Aufführung an ihrer eigenen Jämmerlichkeit von selbst ersticken würde, und solche, daß sie ein Kunstwerk allerersten Ranges sei, das bei einer Aufführung die höchsten Wirkungen erzielen werde. Auch wenn die letztere Meinung angenommen wird, ist für die Entscheidung des vorliegenden Falles kein anderes Resultat zu gewinnen. Gewiß besteht in jedem Kulturstaat auch ein öffentliches Interesse an der Verbreitung künstlerischer Werke und gewiß ist, besonders in einem Staat, der sich so wie der weimarische die Kunstpflege zur Aufgabe gemacht hat, das Verbot der Aufführung eines großen Werkes auch im öffentlichen Interesse immer sehr unerwünscht. Es liegt daher in gewissem Sinne ein Interessenkonflikt vor. In diesem Widerstreit der Interessen aber kann es nicht zweifelhaft sein, daß das staatliche Interesse, welches im vorliegenden Fall zu dem Verbot geführt hat, das überwiegende ist, hinter dem das künstlerische zurücktreten muß.

Urteil vom 5. November 1913, A 14/13.

19. Rückforderung von Gemeindeabgaben im Großherzogtum Sachsen. — Gegen Entscheidungen des Bezirksausschusses über eine Rückforderung von Gemeindeabgaben findet die Revision nach § 2, nicht die Anfechtungsklage nach § 8 des Gesetzes vom 10. Juli 1912 statt. — Die Vorschriften der Gemeindeordnung über Doppelbesteuerung sind nur anwendbar, wenn mehrere Gemeinden des Großherzogtums Steueransprüche erheben. — Die Rückforderung von Gemeindeabgaben kann nur auf Tatsachen gestützt werden, die der Steuerpflichtige im vorgeschriebenen Rechtsmittelverfahren nicht geltend machen konnte.

Der Beklagte ist bis 1. April 1911 als Kaufmann in N. tätig gewesen und hat dort mit seiner Familie gewohnt. Er hat N. nach vorschriftsmäßiger Abmeldung am 1. April 1911 verlassen und sich zunächst in L. aufgehalten. Ende des Jahres 1911 ist er nach St.

in Württemberg übergesiedelt und hat dort vom 1. Januar 1912 ab ein kaufmännisches Geschäft übernommen. Seine Familie hat bis zum 22. Februar 1912 in N. gewohnt; an diesem Tage ist sie beim Gemeindevorstand abgemeldet worden.

Der Beklagte ist für das Jahr 1912 zur Staatssteuer im Großherzogtum und zur Gemeindesteuer in N. mit einem Gesamteinkommen von 5090 M. veranlagt worden. Der Auszug aus der Steuerrolle ist ihm am 11. April 1912 behändigt worden. Am 13. April 1912 hat das Stadtschultheißenamt St. der klagenden Gemeinde 30 M. 64 Pf. Gemeindesteuern des Beklagten für die Monate Januar und Februar 1912 übersandt.

Der Beklagte hat Rückerstattung dieses Betrages unter Berufung darauf begehrt, daß ihm die Staatssteuer, die er für Januar und Februar 1912 gleichfalls entrichtet hatte, auf Grund des Reichsgesetzes vom 22. März 1909 zurückerstattet worden sei, nachdem er nachgewiesen habe, daß er für die Zeit vom 1. Januar 1912 ab zur Einkommensteuer in Württemberg, wo er sein Gewerbe treibe, herangezogen werde.

Gemeindevorstand und Gemeinderat von N. haben durch Beschlüsse vom 16. Oktober und 21. November 1912 den Erstattungsanspruch abgewiesen. Auf die von dem Beklagten erhobene „Berufung" hat der Bezirksausschuß die Entscheidung getroffen:

1) daß der Beschwerde insofern stattgegeben wird, als die angefochtene Verfügung des Gemeindevorstandes, soweit sie die Steuerpflicht des Beschwerdeführers für die Monate Januar und Februar 1912 ausspricht, von Aufsichts wegen aufgehoben und ausgesprochen wird, daß die Steuerpflicht des Beschwerdeführers in dem Umfange der stattgehabten Heranziehung nicht besteht;

2) daß der Gemeinde N. vorbehalten wird, den Beschwerdeführer nachträglich mit demjenigen Aufwande zur Gemeindesteuer heranzuziehen, welcher für den Haushalt seiner Ehefrau und Kinder im Gemeindebezirk N. für die Monate Januar und Februar 1912 erforderlich ist.

Dem hiergegen eingewendeten Rechtsmittel der Gemeinde N. konnte der Erfolg nicht versagt werden.

Der angefochtene Beschluß enthält in seinem letzten Absatz die Belehrung der Beteiligten darüber, daß ihnen die Anfechtungsklage zustehe. Es kann damit nur gemeint sein die im § 8 des Gesetzes vom 10. Juli 1912 gegen zweitinstanzliche Entscheidungen des Bezirksausschusses in Gemeindeangelegenheiten zugelassene Anfechtungs-

klage. Eine zweitinstanzliche Entscheidung des Bezirksausschusses liegt aber nicht vor, wenn dieser, von seinem Recht der Aufsicht in Gemeindeangelegenheiten Gebrauch machend, „von Aufsichtswegen" einen Beschluß der Gemeindebehörden aufhebt oder abändert (Vgl. ThürBl. 60, 141 und 306). Die Anrufung des Oberverwaltungsgerichts kann auf diese Bestimmung des Gesetzes nicht gestützt werden.

Sie ist aber zulässig als Revision im Sinne von § 2 des Gesetzes.

Die Rückforderung einer bereits entrichteten Gemeindesteuer stellt sich in jedem Falle, mag der Steuerpflichtige sie bei der Zahlung vorbehalten haben oder nicht, als ein Widerspruch gegen die Heranziehung zu der Steuer dar. Sie kann nur auf die Behauptung gestützt werden, daß diese Heranziehung ungerechtfertigt gewesen oder später geworden ist. Ob dies tatsächlich der Fall war, wird der Prüfung der zur Entscheidung berufenen Behörden unterstellt. Diese Entscheidung muß daher die Berechtigung der Heranziehung zur Steuer zum Gegenstand haben.

Die Entscheidungen des Bezirksausschusses über die Heranziehung zu den Gemeindesteuern unterliegen aber der Anfechtung mittels der Revision ohne Rücksicht darauf, ob sie in dem für Feststellung dieser Lasten gesetzlich geregelten Verfahren ergehen oder außerhalb desselben, so wie hier, im Aufsichtsweg. Die bloße Tatsache, daß der Bezirksausschuß entschieden hat, begründet in diesem Falle die Zulässigkeit der Revision, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine erst- oder zweitinstanzliche Entscheidung handelt.

Die falsche Bezeichnung des Rechtsmittels ist auf seine Zulässigkeit ohne Einfluß; die Revisionsfrist ist gewahrt. Somit ist die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts zur Entscheidung begründet.

Der Beklagte hat seinen Anspruch auf Rückerstattung der Steuer auf das Doppelsteuergesetz vom 22. März 1909, RGBl. S. 332, gestützt. Mit Recht hat die Vorinstanz ein Eingehen hierauf abgelehnt. Denn dieses Gesetz bezieht sich in allen seinen Vorschriften ausschließlich auf Staatssteuern, nicht auf Gemeindesteuern. Es kann auf den vorliegenden Fall, der nur die Gemeindesteuern betrifft, daher keine Anwendung finden.

Entsprechende Vorschriften für die Gemeindebesteuerung sind weder durch Reichs- noch durch Landesgesetz erlassen. Die Gemeindeordnung enthält allerdings Bestimmungen, die einer doppelten Belastung mit Gemeindeabgaben vorbeugen sollen. Aber diese beziehen sich nur auf das Verhältnis der Gemeinden des Großherzogtums zueinander, sie

finden keine Anwendung, wenn eine Gemeinde des Großherzogtums und eine Gemeinde eines anderen Bundesstaats das Recht zur Erhebung von Gemeindeabgaben für sich in Anspruch nehmen (vgl. Landtagsverhandlungen 1889/90, Schriftenwechsel S. 167).

Die Vorinstanz hat ihre Entscheidung damit begründet, es sei zweifelos, daß, wenn seitens des Beschwerdeführers gegen seine Heranziehung zur Gemeindesteuer Berufung eingelegt worden wäre, diese Berufung für begründet zu erachten gewesen wäre, es müßte deshalb, nachdem Berufung nicht eingelegt worden wäre, im Aufsichtswege eingeschritten werden.

Die Aufstellung des Grundsatzes, daß ein versäumtes ordentliches Rechtsmittel durch die allgemeine Beschwerde ersetzt werden könnte, kann in dieser Allgemeinheit nicht gebilligt werden, jedenfalls nicht da, wo ein Berechtigter und ein Verpflichteter sich gegenüberstehen und durch Nichteinlegung eines Rechtsmittels Feststellungen über Rechte und Verbindlichkeiten unanfechtbar werden.

Wenn für die Regelung solcher Verhältnisse vom Gesetz ein bestimmtes, mit Fristen rechnendes Verfahren vorgeschrieben ist, so ist es grundsätzlich Sache der Beteiligten, ihre Rechte in diesem vorgeschriebenen Verfahren zu wahren. Sie sind verpflichtet, die ihnen zustehenden Rechtsmittel einzulegen und die Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen und zur Entscheidung der zuständigen Behörden zu bringen, die vorzubringen sie in der Lage sind. Das Verfahren ist geregelt nicht im Interesse eines der Beteiligten — so daß ihm ein Recht des Verzichtes zustände — sondern um beiden Beteiligten gleichmäßig Gelegenheit zur Wahrung ihrer Ansprüche zu geben. Es kann deshalb nicht in das Belieben des Einzelnen gestellt werden, ob er das vorgeschriebene Verfahren einhalten will oder nicht. Eine Verteidigung, die der zur Besteuerung Herangezogene im vorgeschriebenen Berufungsverfahren nach Art. 141 GemeindeO. hätte geltend machen können, deren Geltendmachung er aber unterlassen hat, kann er nicht zur Begründung der unbefristeten Beschwerde verwenden. Diese kann vielmehr nur auf Tatsachen gestützt werden, zu deren Vorbringen im Berufungsverfahren der Steuerpflichtige nicht in der Lage war, sei es daß sie erst später eingetreten sind, sei es daß er ohne sein Verschulden erst später von ihnen Kenntnis erlangt hat.

Diese Grundsätze müssen auch da Anwendung finden, wo der Widerspruch gegen die Heranziehung zur Gemeindesteuer im Wege der Rückforderung gezahlter Abgaben erhoben wird. Es folgt daraus, daß der Rückforderungsanspruch nur auf Tatsachen gestützt werden

kann, deren Vorbringen dem Anspruchserhebenden im ordentlichen Berufungsverfahren nicht möglich war.

Die Vorinstanz verneint die Steuerpflicht des Beklagten mit Rücksicht darauf, daß er seinen Wohnsitz in N. bereits vor dem 1. Januar 1912 aufgegeben hatte. Dann war er in der Lage und demgemäß verpflichtet, seinen auf diese Tatsache gestützten Widerspruch in dem Berufungsverfahren gemäß Art. 141 GemeindeO. geltend zu machen; denn die Frist für Anfechtung seiner Heranziehung zur Gemeindesteuer wurde erst mit der Zustellung der Veranlagung, die nachgewiesenermaßen am 11. April 1912 erfolgt ist, in Lauf gesetzt.

Unbeachtlich ist die Erklärung des Beklagten, er habe die Berufung unterlassen, weil er angenommen habe, „daß ihm der betreffende Steuerzettel, da durch die Ereignisse längst überholt, nur versehentlich zugegangen sei". Die im Gesetz vorgesehene Anfechtung soll ja gerade zu der Prüfung führen, ob ein „Versehen" bei der Heranziehung zur Steuer vorliegt, — „Versehen" hier im weitesten Sinne genommen — die Annahme eines Versehens hätte zur Erhebung der Berufung, nicht zu ihrer Unterlassung Veranlassung geben müssen.

Urteil vom 9. April 1913, C 10/13.

20. Bindung an ein Vorschlagsrecht bei der Wahl eines Schuldirektors in Jena.

Der Gemeindevorstand von Jena hat auf Grund des Art. 98 der Weim. Gemeindeordnung vom 17. April 1895 einen Beschluß des Gemeinderats vom 6. Februar 1913 beanstandet, weil dies Gemeindeorgan seine Befugnisse überschritten habe. Die Ueberschreitung wird darin gesehen, daß der Gemeinderat zum Direktor der Städtischen Oberrealschule einen Oberlehrer der Oberrealschule gewählt habe, den das Kuratorium dieser Anstalt nicht mit vorgeschlagen habe.

Der Bezirksausschuß hat entschieden, daß kein Grund vorliege, der die Beanstandung rechtfertige. Auf die Berufung des Gemeindevorstands hat dagegen das Großh. Staatsministerium ausgesprochen, daß der Gemeinderat seine Befugnisse überschritten habe und demgemäß der Gemeindevorstand verpflichtet gewesen sei, die Ausführung des Beschlusses zu versagen.

Mit der Anfechtungsklage erstrebt der Gemeinderat die Wiederherstellung der Entscheidung des Bezirksausschusses, während das Ministerium und der beigeladene Gemeindevorstand beantragen, die Klage abzuweisen.

Der Streit dreht sich in erster Linie darum, ob der Gemeinderat bei der Wahl an die Vorschläge des Kuratoriums gebunden ist. Für die Entscheidung ist das vom Großh. Staatsministerium, Departement des Kultus, bestätigte Ortsstatut für die Verwaltung der Städtischen Oberrealschule vom 21. April 1910 maßgebend. In ihm wird die Verwaltung der Schule einem aus 7 Mitgliedern bestehenden Kuratorium übertragen. Das Kuratorium ist die untere Aufsichtsbehörde und wird in den inneren und äußeren Angelegenheiten der Schule, soweit sie nicht dem Direktor oder den Gemeindebehörden vorbehalten sind, unter Oberaufsicht des Großh. Staatsministeriums, Departement des Kultus, tätig. Dem Kuratorium gehören drei geborene Mitglieder (Erster Bürgermeister, Schuldirektor und Gemeinderatsvorsitzender) sowie vier gewählte an. Diese wählt der Gemeinderat auf Vorschlag des Gemeindevorstandes. Das Kuratorium hat für alles Sorge zu tragen, was geeignet ist, das Gedeihen der Anstalt zu fördern. Es unterrichtet sich durch den Direktor über den Zustand der Schule. Es entwirft den Etat, den der Gemeinderat zu genehmigen hat und verfügt über die etatmäßigen Mittel. Bezüglich des Ernennungsrechtes sind die Zuständigkeiten so geordnet. Das Kuratorium wählt die Lehrer. Bei der Wahl des Direktors übt es ein Vorschlagsrecht aus. Der Gemeinderat wählt den Direktor. Nachdem das Großh. Staatsministerium, Departement des Kultus, die Wahlen genehmigt hat, fertigt der Vorsitzende des Kuratoriums die Anstellungsurkunden für den Direktor und die Lehrer aus. Der Entwurf des vom Gemeindevorstand im Einvernehmen mit der Oberschulbehörde einerseits und dem provisorisch tätigen Kuratorium andererseits aufgestellten Ortsstatuts sah eine andere Regelung vor. Danach sollte das Kuratorium auch den Direktor wählen. Der Gemeinderat änderte nach den Beschlüssen seines Ausschusses das Wahlrecht in ein Vorschlagsrecht ab. Als Folge dieser Aenderung wurde dann unter die Zuständigkeiten des Gemeinderats die Wahl des Direktors aufgenommmen.

„Für die Besetzung der Lehrerstellen“ hat der Gemeindevorstand mit Zustimmung des Gemeinderats Leitsätze für das Kuratorium aufgestellt. Darin heißt es: „Hat sich auch der Gemeinderat die Wahl des Direktors vorbehalten, so hat das Kuratorium doch die Wahl in derselben Weise vorzubereiten, wie es für die Wahl von Oberlehrern vorgeschrieben ist, und dem Gemeinderat zum Zwecke der Wahl mit den Zeugnissen der Bewerber zugleich ein Gutachten einzureichen, in welchem die für die Besetzung der Direktorstelle am

besten geeigneten Kandidaten unter Angabe der Gründe vorgeschlagen werden."

Aus der Fassung des Ortsstatuts ist ein fester Boden für die Entscheidung nicht zu gewinnen. Dem Anfechtungskläger ist vielmehr zuzugeben, daß die Einräumung eines Rechts zum Vorschlag auch dann einen guten Sinn hat, wenn der Wahlkörper nicht an die Vorschläge des Kuratoriums gebunden werden sollte. Dem Rechte entspräche dann die Pflicht des Gemeinderats, vor der Wahl die Vorschläge einzuholen. Auch das Recht, vor einer Wahl gutachtlich gehört zu werden, ist ein Recht, wie das Vorschlagsrecht in dem Sinne, den der Gemeindevorstand damit verbindet.

Der Schwerpunkt der Worte liegt in der Einräumung des Vorschlagrechtes. Aus ihr allein die Bindung des Wahlkörpers an die Vorschläge zu folgern, ist bedenklich. Zwar wählt die Gesetzgebungstechnik da, wo unzweifelhaft eine Bindung an die Vorschläge nicht stattfinden soll, andere Ausdrücke, als „Vorschlagsrecht". So

Art. 56 RV.: Der Kaiser stellt die Konsuln nach Vernehmung eines Bundesratsausschusses an. Ebenso die Fassung in Art. 36 Abs. 2 daselbst.

§ 11 des Jenaer Universitätsstatuts vom 18. Januar 1907: Die Besetzung der ordentlichen und außerordentlichen Lehrstellen erfolgt durch die Wahl der Regierungen nach Gehör der beteiligten Fakultät.

§ 14 des Staatsvertrags über die Errichtung des gem. Oberlandesgerichts vom 19. Februar 1877: Im Falle der Erledigung einer Ratsstelle hat das Oberlandesgericht wegen der Wiederbesetzung gutachtliche Vorschläge zu machen.

Und auf der anderen Seite ist im Schrifttum und — soviel bekannt — auch in der Praxis anerkannt, daß das Vorschlagsrecht des Bundesrats bei zahlreichen Beamten, die der Kaiser zu ernennen hat (beim Rechnungshof, Reichsgericht, Bundesamt für Heimatwesen, Disziplinarbehörde für Reichsbeamte, Reichsbankdirektorium, Patentamt, Reichsversicherungsamt, Reichsmilitärgericht, Aufsichtsamt für Privatversicherung, Reichsversicherungsanstalt), eine Bindung des Kaisers an die Vorschläge des Bundesrats bedeutet, obwohl an keiner Stelle der in Betracht kommenden Reichsgesetze die Fassung gewählt ist, die der Vertreter der Anfechtungsklage im Falle der Bindung an Vorschläge als notwendig hinstellt: „Die Wahl erfolgt aus der Zahl der Vorgeschlagenen."

Eine sichere Grundlage für die Auslegung gibt aber die Fassung: es bestehe ein Vorschlagsrecht, doch nicht, weil es dem Sprachgebrauch nicht widerspricht, diese Fassung auch da zu wählen, wo eine Bindung des Wahlkörpers nicht in der Absicht liegt.

Entscheidend ist der tiefer gehende Sinn der Worte. Der Unterschied der Auffassungen von Gemeinderat und Gemeindevorstand gipfelt in der Frage, bei welchem Organ der Schwerpunkt in der Auswahl der Person liegen soll. Der Gemeinderat nimmt für sich das Recht in Anspruch, nach seinem pflichtmäßigen Ermessen zu entscheiden, ob er die Vorschläge des Kuratoriums billigt oder nicht und im Falle der Mißbilligung diejenige Person frei zu wählen, die ihm der geeignetste Kandidat erscheint. Der Gemeindevorstand bestreitet das Recht freier Ernennung des Gemeinderats. Auch er versteht die Bindung an die Vorschläge nicht in dem Sinne, daß der Gemeinderat einen bestimmten Vorschlag annehmen müsse. Er gesteht ihm vielmehr das Recht zu, zu verlangen, daß ihm von vornherein mehrere Personen vorgeschlagen und daß die Vorschläge im Falle ihrer Mißbilligung auf weitere Personen ausgedehnt werden.

Der Streit der Meinungen ist aus der Stellung des Kuratoriums und des Gemeinderats im Organismus der Gemeinde und aus den Zwecken zu entscheiden, die zu der Berufung des Kuratoriums geführt haben.

Den ersten Gesichtspunkt betont auch die Anfechtungsklage. Nach ihr hat der Gemeinderat von Haus aus das unbeschränkte Recht zur Ernennung des Direktors und der Lehrer, weil sie Gemeindebeamte seien (Art. 83 Ziff. 14 GemO.). Des Rechts zur Ernennung der Lehrer habe sich der Gemeinderat begeben, bei der Ernennung des Direktors habe er nur die Konzession gemacht, daß er Vorschläge entgegennehmen wolle. Beides könne er im Wege eines von der Regierung genehmigten Ortsstatutes tun (Art. 10 GemO.). Die Einschränkung bei der Ausübung der Wahl zum Direktor sei wie jeder Verzicht strikt zu interpretieren. Der Gemeinderat habe auf möglichst wenig verzichten wollen. Diese Auffassung ist irrig. Ueber den Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer an den nicht vom Staate unterhaltenen höheren Lehranstalten herrscht — besonders in Preußen — ein lebhafter Streit (vgl. Giese, Beamtencharakter der Direktoren und Oberlehrer usw. 2. Aufl. 1912). Die einen erklären die Direktoren und Lehrer an höheren städtischen Schulen für Gemeindebeamte, andere für unmittelbare, wieder andere für mittelbare Staatsbeamte. Der Weimarischen Gesetzgebung ist als aus-

drückliche Vorschrift nur zu entnehmen, daß diese Beamten in ihren disziplinaren Verhältnissen den Staatsbeamten gleichgestellt sind (§ 118 des Staatsbeamtengesetzes vom 21. Juni 1909). Die Streitfrage kann hier offen bleiben. Denn wenn auch diese Beamten Gemeindebeamte sein sollten, so bestimmt doch die Gemeindeordnung nicht, daß der Gemeinderat sie anzustellen habe. Die Gemeindeordnung unterscheidet zwischen den Mitgliedern des Gemeindevorstandes, dem Schriftführer, Rechnungsführer, Ortssteuereinnehmer, Bezirksvorsteher und sonstigen dem Gemeindevorstand beigegebenen Beamten und Gemeindedienern (vgl. Art. 44, 45, 76, 77, 78). Diese „sonstigen Gemeindebeamten" hat der Gemeinderat nach Art. 83 Ziff. 14 anzustellen. Zu ihnen gehören der Direktor und die Lehrer der höheren städtischen Lehranstalten nicht. Nur in analoger Anwendung des Art. 83 Ziff. 14 und aus allgemeinen Prinzipien ließe sich der Schluß gewinnen, daß der Gemeinderat als die Gemeindevertretung auch andere Gemeindebeamte, als die im Gesetz angeführten anzustellen habe, freilich nur dann, wenn nicht nach geltendem Rechte andere Organe zur Ernennung berufen sein sollten.

Es ist nicht richtig, daß der Gemeinderat *sein* Ernennungsrecht bezüglich der Lehrer der Oberrealschule auf das Kuratorium übertragen habe. Berührt auch das Recht zur Ernennung von Lehrern den vorliegenden Streit nicht unmittelbar, so ist doch hierauf einzugehen, weil nach der Behauptung des Anfechtungsklägers das Ernennungsrecht des Gemeinderats hier in seinem Ursprunge das gleiche ist, wie bei der Wahl des Direktors. Wohl kann der Gemeinderat das ihm nach dem Gesetz zustehende Ernennungsrecht auf andere Organe der Gemeinde übertragen. Dazu bedarf es aber nach Art. 10 der Gemeindeordnung eines *landesherrlich* bestätigten Ortsstatuts. Ein solches liegt nicht vor. Das Ortsstatut vom 21. April 1910 ist vom Kultusdepartement des Staatsministeriums bestätigt worden und nicht vom Landesherrn. Und das ist nicht etwa ein Versehen, sondern hat seinen guten Grund. Es handelt sich nämlich um eine Angelegenheit der Schulorganisation, deren Ordnung aus Gründen der allgemeinen Schulaufsicht über höhere Lehranstalten der Genehmigung des Kultusdepartements bedarf. (Vgl. auch Art. 55 Abs. 2 des Volksschulgesetzes vom 24. Juni 1874. Zwar ist die Städtische Oberrealschule keine Volksschule, sie ersetzt aber den Unterricht in der Volksschule vom 4. bis 8. Schuljahre. Unter diesem Gesichtspunkt sind Bestimmungen des Volksschulgesetzes auf sie direkt oder analog anwendbar.)

Das Ortsstatut vom 21. Juni 1910 stellt die grundlegende

Verwaltungsorganisation für die Oberrealschule dar. Es liegt nicht so, daß der Gemeinderat ein ihm zustehendes Recht erst nachträglich abgetreten hätte, sondern von vornherein ist die Zuständigkeit in Sachen der Oberrealschule zwischen den zwei Organen, dem Kuratorium und dem Gemeinderat, verteilt. Nach dieser Verteilung sollen die sogenannten äußeren Schulangelegenheiten, also diejenigen, welche die Errichtung, Ausstattung und Unterhaltung der Schule betreffen, Sache des Gemeinderats sein, das Kuratorium hat hier nur vorbereitende Arbeit zu leisten. Die Leitung der inneren Angelegenheiten dagegen — wozu alles gehört, was sich auf das innere Leben der Schule, auf den Unterricht, den Lehrplan, die Methode, den Schulbesuch und die Zucht der Schüler bezieht — ist neben dem Direktor dem Kuratorium unter Oberaufsicht des Kultusdepartements des Staatsministeriums überwiesen. Da die Ernennung des Schulleiters und der Lehrer zu den inneren Schulangelegenheiten gehört, war es nur konsequent, wenn der Entwurf zu dem Statut auch die Ernennung des Direktors dem Kuratorium zugestand. Durch den Beschluß des Gemeinderats ist die Wahl auf Vorschlag des Kuratoriums dem Gemeinderat zugewiesen, die Ausfertigung der Anstellungsurkunde dem Vorsitzenden des Kuratoriums geblieben. Da bei Errichtung eines Kuratoriums mit Zuweisung der inneren Schulangelegenheiten die Vermutung für das Ernennungsrecht des Kuratoriums spricht, handelt es sich bei dem Vorbehalt der Wahl des Direktors durch den Gemeinderat tatsächlich um eine Ausnahme zu dessen Gunsten und nicht umgekehrt um eine Einschränkung der Rechte des Gemeinderats zugunsten des Kuratoriums. Die Ausführung des Vertreters der Anfechtungsklage, daß man vermutlich so wenig Recht wie möglich aufgebe, spricht also gegen den Gemeinderat.

Schließlich der innere Grund für die Mitwirkung des Kuratoriums bei der Wahl des Direktors. Das Kuratorium ist der Idee nach ein Kollegium von Sachverständigen. Soweit seine Mitglieder nicht Fachleute sind, rechnet man damit, daß sie sich durch die ständige Beschäftigung mit den inneren Schulangelegenheiten Sachkenntnis erwerben. Der Grund für die Berufung des Kuratoriums an Stelle etwa eines Ausschusses des Gemeinderats kann nur der sein, daß das Kuratorium durch seine Zusammensetzung eine Garantie dafür bietet, daß auch nur geeignete Männer und solche, die die Schulanstalt gerade nötig hat, schließlich ernannt werden. Der Gemeinderat als ein notwendig kommunalpolitisches Organ ist hierzu nicht so geeignet, wie das Kuratorium. Durch die Belassung des Vorschlagsrechts beim

Kuratorium sollte also der Schwerpunkt des Wahlverfahrens bei dem Sachverständigenkollegium bleiben, und nicht in das mit der Politik befaßte Organ hineinverlegt werden. Dieser unverkennbare Zweck des Vorschlagrechts würde nicht erreicht, wenn die Auffassung des Gemeinderats richtig wäre. Denn alsdann wäre es zulässig, daß der Wahlkörper jemand wählte, dessen Qualifikation das Kuratorium überhaupt nicht geprüft hätte.

Daß bei dieser Auffassung das Wahlrecht des Gemeinderats in unzulässiger Weise beengt werde, ist nicht anzuerkennen. Sind die Vorschläge nach der Zahl der Bewerber zu gering oder sonst zu beanstanden, so steht es dem Wahlkörper frei, sich andere oder weitere Vorschläge zu erbitten.

Die Leitsätze für das Kuratorium haben als Ausführungsbestimmungen nicht die Kraft, den im Wege der Auslegung gefundenen Sinn der statutarischen Bestimmungen zu ändern. Die Schlußfolgerung, daß der Gemeinderat unter den Bewerbern frei entscheiden könne, weil ihm die Zeugnisse aller Bewerber vorzulegen seien, ist übrigens nicht zwingend. Der Gemeinderat hat ein Interesse daran, von den Bewerbungen Kenntnis zu nehmen, auch zu dem Zwecke, das Augenmerk des Kuratoriums auf einen Bewerber zu richten, der ihm geeigneter erscheint, als die Vorgeschlagenen.

Ein Recht zu authentischer Interpretation des Ortsstatuts hat der Gemeinderat nicht ohne weiteres. Es bedarf dazu wieder eines Ortsstatuts und dessen Genehmigung durch das Staatsministerium.

Darauf, daß seine Meinung bei der Auslegung des Ortsstatuts derjenigen des Gemeindevorstandes vorgehe, weil das der Stellung der beiden Organe zueinander entspreche (Art. 83, 89 GemO.), kann sich der Gemeinderat hier nicht berufen, wo es sich darum handelt, ob der Gemeinderat seine Befugnisse überschritten hat. Es ist Recht und Pflicht des Gemeindevorstandes, Beschlüsse des Gemeindetats zu beanstanden, die nach seiner Ueberzeugung ungesetzlich sind.

Es ist dem Anfechtungskläger zuzugeben, daß das kirchliche Patronatsrecht keine Analogieen bietet, die einen Rückschluß aus dem Präsentationsrecht des Patrons auf das Vorschlagsrecht des Kuratoriums zuließen. Gerade deshalb kommt nichts darauf an, ob irgendwo ein Magistrat in einem Falle einen vom Patron präsentierten Geistlichen nicht gewählt, dagegen einen nicht präsentierten angestellt hat.

Die Behauptung, daß das Ortsstatut mit dem Jenaer Universitätsstatut sowohl dem Wortlaut, wie dem Sinne nach übereinstimme, ist unrichtig. Zwar sagt das Universitätsstatut im § 53, die Fakultäten seien berechtigt zu Vorschlägen für die Besetzung ihrer Lehrstellen. Was es aber unter den Vorschlägen versteht, sagt es an anderer Stelle, wo es das Besetzungsrecht grundsätzlich behandelt, nämlich in dem im Vorstehenden mitgeteilten § 11 des Statuts. Damit ist eine authentische Auslegung über das Vorschlagsrecht der Fakultäten gegeben: es bedeutet nur „Gehör" der Fakultät. Die Tatsache, daß die Erhalterstaaten bei der Besetzung von Lehrstühlen in einem oder dem andern Falle von den Vorschlägen der Universität abgewichen sind, läßt sich also nicht für die Auffassung des Anfechtungsklägers verwerten.

Urteil vom 18. Juli 1913, A 20/13.

21. Sachsen-Altenburgisches Einkommensteuergesetz und § 19 der Geschäftsordnung des Oberverwaltungsgerichts: Sachsen-Altenburger, die sich im Reichsausland aufhalten, sind, wenn der Aufenthalt noch nicht mehr als zwei Jahre angedauert hat, im Herzogtum steuerpflichtig, auch wenn sie dort keinen Wohnsitz mehr haben. — Ueber die Zulässigkeit der Aussetzung des Verfahrens an dem Oberverwaltungsgericht.

Der Rittergutsbesitzer J. M. in H. (S.-A.) hält sich seit Ende 1912 in Wien auf. Angeblich, weil die Absicht, dorthin zu ziehen, bei ihm schon länger bestanden hat, hat er eine Steuererklärung für 1913 nicht abgegeben und auch eine besondere Aufforderung des zuständigen Steueramts, dies nachzuholen, unbeachtet gelassen Durch Bescheid des Bezirkssteueramts vom 30. Dezember 1912 ist ihm darauf eröffnet worden, daß er gemäß § 30 Abs. 2 EStG. und § 9 Erg.-StG. einen Zuschlag von 25 Proz. zu der für das Jahr 1913 veranlagten Einkommen- und Ergänzungssteuer zu zahlen habe. Seine Beschwerde gegen diese Festsetzung ist vom Herzoglichen Ministerium, Abt. der Finanzen, als unbegründet zurückgewiesen worden. Auf die hiergegen erhobene Anfechtungsklage hat das Oberverwaltungsgericht beschlossen, das Verfahren auszusetzen, und zwar mit folgender Begründung:

Es ist verfehlt, wenn der Anfechtungskläger die den Bescheid des Bezirkssteueramtes bestätigende Entscheidung des Herzogl. Ministeriums

mit der Begründung angreift, daß er für das Jahr 1913 im Herzogtum Sachsen-Altenburg nicht steuerpflichtig sei, weil er dort keinen Wohnsitz mehr habe, sondern seit dem 31. Dezember 1912 in Oesterreich wohne. Die subjektive Steuerpflicht ist zwar im Herzogtum Sachsen-Altenburg sowohl für die Einkommen- wie für die Ergänzungssteuer (§ 1 EStG. vom 4. Januar 1910 und § 3 ErgStG. vom 20. Juni 1902) neben der Staatsangehörigkeit grundsätzlich an den Wohnsitz im Herzogtum geknüpft. Das Gesetz macht aber von diesem Grundsatz im § 1 Abs. 1 Ziff. 1 d eine Ausnahme, indem es dort bestimmt, daß bei Sachsen-Altenburgern, die sich im Reichsauslande aufhalten, die Aufgabe des Wohnsitzes im Herzogtum die Steuerpflicht erst zum Erlöschen bringt, wenn der Aufenthalt im Auslande mehr als zwei Jahre ununterbrochen angedauert hat. Solange dies nicht der Fall ist, bleibt daher der im Ausland weilende Sachsen-Altenburger im Herzogtum steuerpflichtig, gleichviel, ob er im Herzogtum einen Wohnsitz hat oder nicht. M. ist mithin, da er unstreitig Sachsen-Altenburger Staatsangehöriger ist und frühestens seit dem 31. Dezember 1912 im Auslande wohnt, zurzeit noch im Herzogtum steuerpflichtig, selbst wenn er, wie er behauptet, seinen Wohnsitz im Herzogtum aufgegeben hat. Er ist demnach auch nach § 24 EStG. und § 9 Erg.-StG. verpflichtet gewesen, sein Einkommen und seine Kapitalrenten für 1913 zu deklarieren, und hat, da er das unterlassen hat und auch einer vorschriftsmäßigen besonderen Aufforderung zur Abgabe der Erklärung nicht nachgekommen ist, nach § 30 Abs. 2 EStG. und § 9 ErgStG. einen Strafzuschlag von 25 Proz. zu dem von ihm sonst zu zahlenden Steuerbeträgen an sich verwirkt. Immerhin ist die Festsetzung dieser Zuschläge zurzeit nicht gerechtfertigt, weil M. überhaupt noch nicht wirksam zu den Steuern veranlagt ist. Denn nach der Auskunft des Steueramts ist ihm außer dem Bescheid vom 30. Dezember 1912 eine Benachrichtigung über seine Veranlagung nicht zugegangen. Dieser Bescheid enthält aber nur die Eröffnung der Festsetzung des Strafzuschlags mit dem Hinweis, daß diese „nach dem für das Steuerjahr veranlagten Steuersatze von monatlich . . . M.“ berechnet sei, und der Mitteilung, daß gegen die Festsetzung die Beschwerde an das Herzogliche Ministerium, Abt. der Finanzen, zulässig sei. Das Oberverwaltungsgericht vermag darin eine dem Gesetz entsprechende Eröffnung des Veranlagungsergebnisses an M. mit dem Bezirkssteueramte nicht zu erblicken. Denn es ist in dem Bescheid eine solche Eröffnung, selbst wenn sie damit wirklich bezweckt war, nicht erkennbar ausgedrückt, da darin die Veranlagung als eine gegebene Tatsache

behandelt ist, auf die nur nebenbei Bezug genommen wird; und der Bescheid entspricht auch sonst nicht den Erfordernissen, die das Gesetz im § 33, besonders auch hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung, für die Steuerbenachrichtigungen bestimmt. Ist aber hiernach M. zurzeit noch nicht wirksam veranlagt, so ist es nicht ausgeschlossen, daß er im Rechtsmittelverfahren unter Darlegung von Umständen, die die Versäumung der Steuererklärung entschuldbar erscheinen lassen (§ 33 Abs. 1 EStG.), eine Abänderung seiner Veranlagung, sei es auch nur der Höhe nach, erreicht, und dann auch der Strafzuschlag, da er sich nach dem veranlagten Steuersatze richtet, anders festgesetzt werden muß, als es zurzeit geschehen kann. Die durch die angefochtene Entscheidung bestätigte Festsetzung desselben ist demnach verfrüht und unterläge deshalb an sich der Aufhebung. Die Aufhebung erscheint jedoch nicht zweckmäßig, weil einerseits die Beschaffung der noch fehlenden Entscheidungsunterlage in einem besonderen Verfahren vor den Veranlagungs- und Rechtsmittelbehörden zu geschehen hat und deshalb von der Aufhebung der hier angefochtenen Entscheidung nicht abhängig ist, und es andererseits nicht unwahrscheinlich ist, daß sich die angefochtene Entscheidung nach Erledigung des Veranlagungsverfahrens als gerechtfertigt erweist und aufrecht zu erhalten ist. Das Oberverwaltungsgericht hat es deshalb für richtiger gehalten, das Verfahren bis zur Entscheidung über jene präjudizielle Frage auszusetzen. Dies muß als zulässig angesehen werden, wenn auch der § 19 GeschäftsO. des Oberverwaltungsgerichts, der von den Voraussetzungen und Wirkungen einer Aussetzung des Verfahrens handelt, einen solchen Fall der Aussetzung nicht vorsieht. Denn da das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht von der Offizialmaxime beherrscht wird (vgl. Art. 31, 33, 35, 37 des Staatsvertrags), so erscheint das Oberverwaltungsgericht anders wie im Zivilprozeß auch ohne besondere gesetzliche Ermächtigung befugt, das Verfahren aus Zweckmäßigkeitsgründen auszusetzen, soweit nicht etwa ein Verfügungsrecht der Beteiligten, das aus Gründen des formellen oder materiellen Rechts auch im Verwaltungsprozeß anerkannt werden muß, entgegensteht (vgl. Friedrichs, LVG. Anm. 6 zu § 65, auch Apelt, Sächs. VRPflG., Anm. 24 zu § 33). Dabei werden neben den im § 19 GO. aufgeführten auch alle übrigen Tatbestände und Ereignisse, die nach der Zivilprozeßordnung eine Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens herbeiführen (§§ 148—155, 239—242, 245 und 247 ZPO.), auch im Verwaltungsprozeß Bedeutung gewinnen können, und zwar diese vorwiegend. Daneben kommen aber auch Verhältnisse in Betracht, die dem Verwaltungsprozeß eigentümlich sind, wie z. B. der

Wegfall eines am Verfahren beteiligten Kommunalverbandes infolge seiner Vereinigung mit einem andern. Diese Verhältnisse erschöpfend festzustellen und im Gesetz namhaft zu machen, ist bei der Vielgestaltigkeit der im Verwaltungsstreitverfahren zu behandelnden Rechtsverhältnisse schwer möglich und deshalb im § 19 GO. auch nicht unternommen worden. Dieser will vielmehr nur den Grundsatz feststellen, nach dem derartigen Verhältnissen im Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht Rechnung zu tragen ist, indem er einige besonders wichtige und häufiger vorkommende Fälle bezeichnet, in denen eine Aussetzung des Verfahrens nötig werden und darum unbedingt verfügt werden kann. Das Oberverwaltungsgericht hat deshalb keine Bedenken gehabt, hier in analoger Anwendung des § 148 ZPO. die Aussetzung wegen der Präjudizialität eines von einer anderen Behörde festzustellenden Rechtsverhältnisses auszusprechen. Daß dabei die Aussetzung auf eine bestimmte Zeit beschränkt worden ist, entspricht dem im § 19 GO. aufgestellten Grundsatze.

Beschluß vom 30. April 1913, A 13/13.

22. Gemeinderatsbeschlüsse über die Erhebung von Gemeindeumlagen sind keine Entscheidungen über die Heranziehung zu den Gemeindesteuern und deshalb mit den gegen eine solche Heranziehung gegebenen Rechtsmitteln nicht anfechtbar. — Auf formlose Beschwerde gegen solche Beschlüsse ergangene Entscheidungen des Bezirksausschusses sind keine Entscheidungen **zweiter** Instanz im Sinne des § 8 AusfG. zum Staatsvertrage vom 15. Dezember 1910 (Weim. GemeindeO. und AusfG. zum Staatsvertrag vom 15. Dezember 1910 §§ 2 und 8).

Der Kläger fühlt sich durch einen Beschluß des Gemeinderats in Zottelstedt vom 18. September 1912, „zur Deckung der Kapitalzinsen vom Wasserleitungsbau die Gemeindeumlagen rückwirkend vom 1. Juli 1912 ab von 3 Pfg. auf 4 Pfg. von jeder Mark des gemeindesteuerpflichtigen Einkommens zu erhöhen,“ in seinen Rechten verletzt. Er erblickt darin eine unzulässige Heranziehung seiner Person zu den Gemeindelasten, weil der Wasserleitungsbau, dessen Kosten durch die neuen Umlagen gedeckt werden sollen, seiner Meinung nach nicht im Gemeindezweck begründet war, sondern nur einem Teile der Ortsbewohner zum Vorteil gereicht, zu denen er nicht gehört. Seine Beschwerde gegen den Beschluß ist vom Bezirksausschuß durch den an-

gefochtenen Bescheid als unbegründet zurückgewiesen worden. Er erhebt deshalb Revision mit dem Antrage, die angefochtene Entscheidung des Bezirksausschusses und den durch sie bestätigten Gemeinderatsbeschluß aufzuheben, und rügt Verletzung der Art. 12, 127 und 148 GemeindeO.

Die Revision mußte ohne sachliche Prüfung der Beschwerde zurückgewiesen werden, weil eine Anfechtung der angegriffenen Entscheiduug des Bezirksausschusses beim Oberverwaltungsgericht nach den bestehenden Vorschriften nicht zulässig ist.

Nach dem Weimarischen Ausführungsgesetze vom 10. Juli 1912 zum Staatsvertrage vom 15. Dezember 1910 können Entscheidungen des Bezirksausschusses in Gemeindeangelegenheiten beim Oberverwaltungsgericht mit der Revision angefochten werden, wenn sie die Heranziehung zu den Gemeindesteuern und Abgaben betreffen (§ 2) und mit der Anfechtungsklage, wenn der Bezirksausschuß auf Grund der Gemeindeordnung oder ortsgesetzlicher Vorschriften in zweiter Instanz entschieden hat (§ 8).

Beide Fälle liegen hier nicht vor.

Der Beschluß des Gemeinderats, die allgemeinen Umlagen zu erhöhen, enthält keine „Heranziehung" des Klägers zu den Gemeindelasten. Denn eine solche Heranziehung liegt nur in einem Verwaltungsakte, der das Besteuerungsrecht der Gemeinde gegenüber dem einzelnen Steuerpflichtigen geltend macht, d. h. eine individuell bestimmte Steuerforderung gegen eine individuell bestimmte Person erhebt. Ein solcher Verwaltungsakt ist eine Entschließung der Gemeindebehörden nicht, die die Besteuernng im allgemeinen regelt, d. h. nur die Grundsätze aufstellt, nach denen die Besteuerung aller Steuerpflichtigen erfolgen soll, denn eine solche Entschließung schafft nur die Steuernorm, die rechtliche Grundlage für die künftige Heranziehung der Pflichtigen. Der angefochtene Gemeinderatsbeschluß ist aber ein Verwaltungsakt der letzteren Art. Denn er bestimmt im Rahmen der dem Gemeinderat nach Art. 83 Ziff. 6 GemeindeO. zustehenden Befugnis, darüber zu beschließen, ob und wie Gemeindesteuern erhoben werden sollen, lediglich den Umfang, in dem das gemeindesteuerpflichtige Einkommen allgemein zu besteuern ist (Art. 139 GemeindeO.). Die Frage, von wem im einzelnen die so ausgeschriebenen Abgaben aufzubringen und wie sie auf die Pflichtigen zu verteilen sind, wird dadurch nicht berührt; es werden daher durch einen solchen Beschluß noch keine Forderungen gegenüber den einzelnen Steuerpflichtigen

erhoben, sondern nur Bestimmungen darüber getroffen, ob und nach welchen Grundsätzen gegebenenfalls solche Forderungen erhoben werden können. Die angefochtene Entscheidung ist demnach nicht über eine Heranziehung zu den Gemeindesteuern ergangen und deshalb mit der Revision nach § 2 AusfG. nicht anfechtbar.

Die Anfechtung ist aber auch nach § 8 AusfG. nicht zulässig.

In dem Urteil vom 5. März 1913 (ThürBl. 60, 141) hat sich das Oberverwaltungsgericht bereits dahin ausgesprochen, daß als zweitinstanzliche Entscheidungen des Bezirksausschusses im Sinne dieses § 8 nur die Entscheidungen in solchen Fällen anzusehen sind, in denen der Bezirksausschuß nach der Gemeindeordnung oder ortsgesetzlich als Beschwerdeinstanz besonders bestellt, also ein förmlicher Instanzenzug durch besondere gesetzliche Vorschrift eröffnet ist, dagegen die Entscheidungen, die der Bezirksausschuß auf Grund seines Aufsichtsrechts trifft, als erstinstanzliche zu betrachten sind, gleichviel ob sie von Amtswegen ergehen oder durch eine Anregung von außen (Aufsichtsbeschwerde, „allgemeine" Beschwerde — Art. 168 Abs. 2 GemeindeO.) veranlaßt sind. Bei dieser Auffassung, von der abzuweichen im vorliegenden Falle kein Anlaß besteht, kann die angefochtene Entscheidung als eine zweitinstanzliche nicht anerkannt werden.

Die Gemeindeordnung gewährt ein formelles Anfechtungsrecht gegenüber Gemeinderatsbeschlüssen, die die Erhebung allgemeiner Umlagen betreffen, nur im Art. 152. Die Bestimmungen dieses Artikels kommen aber hier nicht in Betracht. Denn nach Abs. 1 dieser Vorschrift begründet die Behauptung bezw. der Nachweis, daß ein kommunales Unternehmen oder eine Verwendung außer der Verpflichtung der Gemeinde liege und zur Erreichung des Gemeindezweckes nicht erforderlich sei (Art. 12 GemeindeO.), und demgemäß auch die Behauptung, daß die Unternehmung nur auf dem Vorteil einzelner abziele (Art. 148 Abs. 1 b), ein Anfechtungsrecht nur gegenüber dem die Ausführung des Unternehmens anordnenden Beschlusse der Gemeindevertretung. Die Beschlußfassung über die Ausführung des Wasserleitungsbaues hat aber der Kläger nicht angefochten, und mit der Beschwerde, die zu der angefochtenen Entscheidung geführt hat, konnte er sie nicht mehr anfechten, da sie bereits am 29. März 1910 erfolgt ist und deshalb am 1. Oktober 1912, dem Tage des Eingangs der Beschwerde bei der Bezirksdirektion, die im Art. 151 Abs. 2 vorgeschriebene Ausschlußfrist von 10 Tagen längst abgelaufen war. Gegenstand der Anfechtung im gegenwärtigen Verfahren ist daher

lediglich ein Gemeinderatsbeschluß, der die Erhebung neuer Gemeindeumlagen anordnet, gleichgültig für welchen Zweck. Gegenüber einem solchen Beschlusse gewährt aber die Gemeindeordnung kein förmliches Rechtsmittel. Insbesondere kommt auch Art. 152 Abs. 2 GemeindeO. hier nicht in Betracht, der eine Berufung der Beteiligten hinsichtlich der Aufbringungsweise der Kosten von Unternehmungen, die, in der Verpflichtung der Gemeinde und im Gemeindezweck begründet, durch Umlegung von Gemeindelasten ausgeführt werden sollen, zuläßt, wenn die zu diesem Zwecke auf das Jahr zu zahlenden Geldbeträge den Betrag von 3 Proz. des zur Gemeindebesteuerung zu ziehenden Einkommens übersteigen oder die Gemeindesteuer überhaupt sich mit Hinzurechnung der beabsichtigten neuen Umlagen auf über 6 Proz. dieses Einkommens belaufen würde. Denn da handelt es sich um einen Streit über die Höhe der zu erhebenden Umlagen, deren Zulässigkeit unstreitig ist. Hier aber wird die Zulässigkeit der Erhebung mit der Begründung bestritten, daß ihre gesetzlichen Voraussetzungen fehlen; der Gegenstand der Anfechtung ist also ein ganz anderer wie der, bezüglich dessen der Art. 152 Abs. 2 ein Anfechtungsrecht gewährt. Die hier streitige Frage hat deshalb nach Lage der Gesetzgebung der Bezirksausschuß höchstens als Aufsichtsbehörde zu entscheiden, aber nicht als gesetzlich verordnete Rekursinstanz. Ob er gleichwohl, wie die Revision behauptet, in der Annahme, Rekursinstanz zu sein, entschieden hat, ändert im vorliegenden Falle an der Beurteilung nichts. Denn dies würde nur dann von Bedeutung sein, wenn ihm die Zuständigkeit für die erlassene Entscheidung überhaupt gefehlt hätte. War er aber überhaupt zuständig, so kann es den Charakter seiner Entscheidung nicht beeinflussen, wenn er sich etwa über den Grund seiner Zuständigkeit geeirrt hat, seine Entscheidung ist vielmehr dann eben so zu beurteilen, als ob er in der Eigenschaft entschieden hätte, in der er nach dem Gesetz entscheiden konnte. Daß er im vorliegenden Falle als Aufsichtsbehörde entscheiden durfte, kann nach Art. 160 flg. GemeindeO. nicht zweifelhaft sein. Seine Entscheidung ist aber dann eben höchstens mit der Berufung an das Staatsministerium nach Art. 165 anfechtbar, aber nicht mit der Anfechtungsklage nach § 8 AusfG.

Urteil vom 15. Mai 1913, C 33/12.

Bücherbesprechungen.

65. von Meier, Ernst, Die Reform der Verwaltungsorganisation unter Stein und Hardenberg. Nach dem Tode des Verfassers herausgegebene zweite Auflage, mit Anmerkungen und einer Einleitung von Friedrich Thimme. München und Leipzig (Duncker & Humblot) 1912. 521 S. 14 M., geb. 15,20 M.

Vom September 1880 datiert das Vorwort der ersten Auflage. Sie hat vor allen Schriften den Ruhm des bis zum 78. Lebensjahre unermüdlichen und erfolgreichen, 1888 mit dem erblichen Adel ausgezeichneten Gelehrten begründet und trotz aller auch von Meier angeregten, bald auf ihm fußenden, bald ihn bekämpfenden Veröffentlichungen über die Reformperiode den vollen wissenschaftlichen Wert bewahrt. Meier hat noch kurz vor dem Tode seinem Freunde Gustav Schmoller die Sorge für sein Lieblingswerk übertragen und die Richtlinien für die neue Auflage vorgezeichnet: einen wörtlichen Wiederabdruck mit Anmerkungen, die den heutigen Stand der Forschung kurz feststellen. Danach ist Friedrich Thimme pietätvoll verfahren. Am Text selbst hat er bis auf einige geringfügige Berichtigungen und stilistische Aenderungen, die im Sinne des Verfassers lagen, nicht gerührt. Die Anmerkungen Meiers hat er, soviel als möglich, stehen lassen, sie aber ergänzt und stark vermehrt und an den Schluß (S. 415–493) gerückt. Weiter hat er ein Sach- und Personenregister hinzugefügt und dem Werk eine umfangreiche Einleitung vorausgeschickt, eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit und des Schaffens Meiers, um der Nachwelt das Gedächtnis des Menschen und des Gelehrten zu erhalten. Die Einleitung bietet aber noch mehr. Sie kennzeichnet auch die Stellung anderer Gelehrten; so unterrichtet sie über den bekannten, großen, siegreichen Kampf Meiers gegen Lehmanns These von der durchgehenden Beeinflussung der Steinschen Reform durch das Vorbild der französischen Revolution.

66. Krüger, Paul, Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts, zweite Auflage. München und Leipzig (Dunker & Humblot). 1912. 12 M.

Krügers Quellengeschichte ist einer der ersten Bände aus Bindings „Systematischem Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft". Woran es liegt, daß die wohl ausnahmslos hervorragenden Teile dieses größten Werkes der deutschen und der österreichischen Rechtswissenschaft es kaum zu einer zweiten Auflage bringen, ist mir unverständlich. Hat der Verlag die Auflagen zu hoch bemessen? Sind die Werke zu teuer? Oder sind sie wissenschaftlich zu hoch? Wie ist es z. B. zu erklären, daß von Gierkes deutschem Privatrecht der erste Band es seit 1895 noch nicht zu einer zweiten Auflage gebracht hat?

Auch Krügers Werk hat 24 Jahre gebraucht, ehe es zur zweiten Auflage gedieh (1888 die erste, der Universität Bologna zur Jubelfeier gewidmet). Wie sehr es auf der höchsten Höhe der romanistischen Wissenschaft stand, wie sehr es selbst dem Fortschritt der Wissenschaft Richtlinien wies, zeigt die Tatsache, daß trotz des rüstigen Fortarbeitens der Romanisten aller Nationen, die das römische Recht in ihren Studienkreis gezogen haben, seine Anlage unverändert geblieben ist. Nur an einigen Stellen war eine Umarbeitung nötig; im übrigen durfte sich Mommsens Mitarbeiter begnügen, zu abweichenden Auffassungen Stellung zu nehmen. Den Ergebnissen der inzwischen so reich aufgeblühten Papyrus-Wissenschaft wurde dadurch Rechnung getragen, daß der Hauptkenner der juristischen Papyri, L. Mitteis in Leipzig, Krügers Werk daraufhin durchsah.

67. Hagen, Otto, Kammergerichtsrat, Kommentar zum Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911. Berlin (Otto Liebmann) 1912. 286 S. geb. 9 M.

Manes, Dr. Alfred, Professor, und Königsberger, Dr. Paul, Landrichter in Berlin, Kommentar zum Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911. Berlin und Leipzig (G. J. Göschensche Verlagsbuchhandlung GmbH.) 1912. 819 S. 12 M.

Stier-Somlo, Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911. Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen, Ausführungsbestimmungen und Sachregister. München (C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck) 1913. 502 S. geb. 4 M.

Bruck, Dr. Ernst, Versicherungsgesetz für Angestellte. Handausgabe mit Erläuterungen. Mannheim und Leipzig (J. Bensheimer) 1912. Geb. 2,50 M.

Seitdem bei uns die Gesetze nicht mehr von einem Gesetzgeber, der über den Parteien steht, sondern von den jeweils machthabenden politischen Parteien gemacht werden, sind wir an die Unzulänglichkeit unserer Gesetzgebungswerke beinahe gewöhnt. Es genügt, auf die Steuergesetzgebung, insbesondere das inzwischen schon wieder umgestürzte Wertzuwachssteuergesetz, zu verweisen, und auf das Versicherungsgesetz für Angestellte. Der Zustand ist doch geradezu beschämend, daß man nicht erst in der Praxis Mängel entdeckt, sondern schon vorm Inkrafttreten nach autentischen Interpretationen offiziell verlangt! Doch es heißt, sich abfinden mit dem Gesetz, wie es nun einmal mit allen Mängeln vor uns liegt. Da sind uns die oben angegebenen Werke vortreffliche Führer. Sie sind grundverschieden und doch jedes zu empfehlen. Von den beiden Kommentaren ist der Hagens übersichtlicher; einmal, weil er erheblich kürzer ist, dann aber auch durch die Druckanordnung (Verwendung von Fraktur und Antiqua, Fettdruck usw.). Ein weiterer Vorzug ist die Berücksichtigung der prozessualen Geltendmachung der Ansprüche. Auch steht H. den Bestimmungen des Gesetzes mehr kritisch gegenüber; so macht er bei der Beurteilung der Wartezeit des § 48 erhebliche und begründete Bedenken gegen die Notwendigkeit einer zehnjährigen Wartezeit geltend, während Manes und Königsberger sich der Rechtfertigung, welche die Begründung des Gesetzentwurfes versuchte, ohne Einschränkung anschließen.

Der Kommentar von Manes und Königsberger wiederum ist reichhaltiger. Dankenswert ist z. B. bei jedem Paragraphen die Verweisung nicht bloß auf die entsprechenden Bestimmungen der RVO., die auch Hagen gibt, sondern auch auf die Bestimmungen der Entwürfe des Gesetzes. Ihr Kommentar ist mehr volkstümlich und anschaulich gehalten. Hier ist wohl kaum ein Paragraph ohne Erläuterung geblieben, während wir bei Hagen oft überhaupt keine Anmerkung finden.

Am besten ist danach der daran, der sich beide Werke anschaffen kann; denn sie ergänzen sich vortrefflich. Die weiteste Verbreitung von allen wird wohl Stier-Somlo finden. Er sucht in gedrängtester Darstellung die Fülle des Stoffes zu meistern. Mit Stolz hebt er im Vorwort hervor: „Nicht bloß die Gesetzgebungsarbeiten sind auf das sorgfältigste berücksichtigt, sondern auch die sehr inhaltreiche, wenn auch außerordentlich zerstreute Zeitschriftenliteratur, sowie eine Fülle von Anregungen aus der Praxis.“ Weiter hat er den Vorteil, daß er später als seine drei Konkurrenten auf dem Plane erschienen ist, also nicht bloß die Arbeiten seiner Vorgänger, sondern auch die meisten Ausführungsvorschriften des Reiches, Preußens und Bayerns berücksichtigen konnte. Endlich dürfte ihm auch zugute kommen, daß sich sein neuestes Werk in der so glänzend eingeführten Sammlung der C. H. Beckschen Verlagsbuchhandlung befindet, die von Fischer-Henle bis zu Stier-Somlos Handausgabe der Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911 reicht. Sein neuestes Werk? Wenn man sieht, daß die treffliche Handausgabe der Gewerbeordnung (Verlag von J. Bensheimer, Mannheim) vom 1. Oktober 1912, die der RVO. vom 10. November 1912 und die hier angezeigte Handausgabe vom 8. März

1913 datiert, so weiß man freilich nicht, ob dies Werk beim Erscheinen dieser Anzeige wirklich noch sein letztes gewesen sein wird. Vor den Gefahren einer zu schnellen Produktion braucht man Stier-Somlo freilich nicht zu warnen, solange er sich, wie in den letzten Jahren, nur auf Gebieten bewegt, auf denen er schon lange arbeitet.

Zum Schluß darf an die kleine Handausgabe Brucks empfehlend erinnert werden, der als einer der ersten, im gleichen Verlag und mit der gleichen gründlichen Einleitung, schon eine Textausgabe mit Sachregister (Preis 1,20 M.) herausgegeben hat. Rechtsanwalt Dr. Böckel.

64. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von den Reichsgerichtsräten G. Hoffmann, Erler, Burlage, Busch, Dr. Ebbecke, Kiel, Schaffeld und Schmitt. 3 Bände, 2. Aufl. Berlin (Guttentag) 1913. Geb. 60 M.

Man hätte es nicht für möglich halten sollen, daß es einem neuen Kommentar zum BGB. gelingen könnte, mit den vortrefflichen, eingebürgerten Kommentaren in erfolgreiche Konkurrenz zu treten. Dem „Kommentar der Reichsgerichtsräte" ist es gelungen, seiner Eigenart ist es zu verdanken. Er verzichtet auf jede dogmatische Systematisierung, läßt die gesetzgeberischen Vorarbeiten und die ältere Rechtsentwicklung zurücktreten, und bringt erschöpfend die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dabei verzichtet er nicht auf eigene Erläuterungen, wohl aber auf die Angaben von Literatur und Entscheidungen anderer Gerichte, die bei der Bearbeitung natürlich verwertet sind. Die Tatsache, daß 3 Jahre nach seinem ersten Erscheinen eine neue Auflage nötig geworden ist, beweist, daß er in der Praxis der Gerichte und der Rechtsanwälte, für die er geschrieben ist, Anklang gefunden hat. Bei der neuen Auflage ist der Reichsgerichtsrat a. D. Brückner, eine Zierde der Thüringer Juristen, nicht mehr beteiligt gewesen. Die von ihm bearbeiteten Teile des Gesetzes sind jetzt unter die übrigen Bearbeiter verteilt worden. Das Werk ist natürlich auf den neuesten Stand der Rechtsprechung gebracht worden. Es läßt sich mit Sicherheit voraussagen, daß es in der Praxis weiter vordringen wird, deren Bedürfnissen es vorwiegend gewidmet ist.

69. Knauth, Dr. Rud., Oberverwaltungsgerichtsrat, Die Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege in Thüringen. Berlin (Heymann) 1914. 7 M., geb 8 M.

Der Verfasser bietet in dem vorliegenden Buche vornehmlich eine Bearbeitung der Gesetze über die Einrichtung, das Verfahren und die Zuständigkeit des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts, d. i. des für das Großherzogtum Sachsen, die Herzogtümer Sachsen-Altenburg und Sachsen-Coburg und Gotha und die beiden Fürstentümer Schwarzburg in Jena errichteten gemeinschaftlichen obersten Verwaltungsgerichtshofs. Nur „um dabei zugleich einen wissenschaftlich gewiß interessierenden Ueberblick über die gesamte Verwaltungsrechtspflege in Thüringen zu geben, ist diesem Hauptteile der Arbeit der Text der gesetzlichen Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Herzogtum Sachsen-Meiningen und den beiden Fürstentümern Reuß angefügt worden", die sich bekanntlich an der Gerichtsgemeinschaft nicht beteiligt haben. — In dem Hauptteile werden in zwei Abschnitten zunächst der Staatsvertrag vom 15. Dezember 1910 über die Errichtung des Oberverwaltungsgerichts mit seinen Vorschriften über die äußere Organisation, die innere Verwaltung sowie Grundzüge der Zuständigkeit und des Verfahrens nebst der die Verfahrensvorschriften des Staatsvertrags ergänzenden Geschäftsordnung sowie der Kostenordnung und dann die eigentlichen Ausführungsgesetze der Vertragsstaaten behandelt. Im ersten Abschnitt nimmt naturgemäß die Erläuterung des Staatsvertrags den größten Raum ein. Bei dieser Erläuterung ist, wie der Verfasser im Vorwort hervorhebt, soweit nicht die speziellen Vorschriften über die äußere und innere Einrichtung des Gerichts in Betracht kommen, hauptsächlich Wert darauf gelegt worden, die Zusammenhänge zu beleuchten, die zwischen den Normen des Staatsvertrags und seiner Nebengesetze und der einschlagenden Gesetzgebung anderer

Staaten bestehen, und auf die Punkte aufmerksam zu machen, in denen sich das behandelte Gesetzgebungswerk von jener Gesetzgebung etwa wesentlich unterscheidet. Darüber hinaus ist aber vielfach an der Hand reichlichen Materials aus Schrifttum und Rechtsprechung auf die wichtigsten Probleme und Streitfragen aus dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege wenigstens aufmerksam gemacht. Dem Abschnitt über die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts ist eine systematische Zusammenstellung der dem Oberverwaltungsgericht durch die einzelstaatlichen Ausführungsgesetze überwiesenen Zuständigkeitsfälle, dem Abschnitt über das Verfahren eine kurze Darstellung der allgemeinen Verfahrensgrundsätze vorausgeschickt. Die Bestimmungen der Geschäftsordnung und der Kostenordnung sind an geeigneter Stelle in die Erläuterungen des Staatsvertrags hineingearbeitet, außerdem aber noch besonders erläutert. — Der zweite Abschnitt enthält je ein Ausführungsgesetz von S.-Weimar, S.-Altenburg, S.-Coburg und S.-Gotha, den beiden Fürstentümern Schwarzburg und noch ein gemeinschaftliches der Herzogtümer Coburg und Gotha, die in der Hauptsache die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts, vereinzelt auch wichtige Fragen des Verfahrens in Verwaltungssachen ordnen. Außerdem sind aus der Gesetzgebung des Fürstentums Schwarzburg-Sondershausen die beiden die Organisation und das Verfahren der Landesverwaltungsgerichte betreffenden Gesetze mit behandelt, die ja mit der Gesetzgebung über das Oberverwaltungsgericht innig verbunden sind. Bei der Erläuterung der Ausführungsgesetze hat sich der Verfasser darauf beschränkt, die Vorschriften des materiellen Verwaltungsrechts zusammenzustellen, deren Gebiete die einzelnen Zuständigkeitsfälle berühren, von einer Erläuterung der materiellrechtlichen Vorschriften selbst aber, was ja auch in der Natur der Sache lag, im allgemeinen abgesehen. Den Verwaltungsbehörden in Thüringen kann das Buch als ein zuverlässiger Führer durch die neue Verwaltungsgesetzgebung aufs wärmste empfohlen werden. Rechtsanwälte werden seiner bedürfen, wenn sie eine Klage beim Oberverwaltungsgericht einbringen sollen. Aber auch für die Bibliotheken der Gerichte ist es von Bedeutung, nicht nur wegen der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Verwaltungsstreiten und bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, sondern hauptsächlich wegen der Orientierung über die Verwaltungsgesetzgebung und über die Literatur des Verwaltungsrechts.

70. Dr. Noest und Plum, Rechtsanwälte in Solingen und Cöln, Die Reichsgerichtsentscheidungen in Zivilsachen. 81. Band der amtlichen Sammlung. Berlin (Heymann) 1913. 2 M., geb. 2,50 M.

Wiederholt ist in diesen Blättern auf die ausgezeichnete Verarbeitung der Reichsgerichtsentscheidungen aufmerksam gemacht worden. Es verstärkt sich mit jedem neuen Bande dieser Sammlung der Eindruck, daß die Lektüre der Entscheidungen nur so von Vorteil für den Leser ist. Zum Zwecke der Belehrung werden die Zusammenhänge mit dem Rechtsganzen, mit früheren Entscheidungen aufgedeckt, auf die neue Literatur wird hingewiesen, mit Takt und Gründlichkeit wird Kritik geübt. Sobald ein Band der amtlichen Sammlung erschienen ist, folgt ihm Noest-Plum nach. Bei dem billigen Preise ist mit der weitesten Verbreitung dieser Sammlung zu rechnen. Sie verdient sie.

71. Deutscher Juristen Kalender 1914. Bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. Kallmann. Berlin (Liebmann). 3,20 M.

Ein Abreißkalender mit allerlei interessanten Notizen aus allen Zweigen des Rechts und besonders mit praktischen Winken aus Reichsgerichtsentscheidungen. Dazu zahlreiche Bilder und Porträts verstorbener und lebender Juristen, darunter auch ein gutes Bild des Thüringer Oberlandesgerichtspräsidenten Dr. Börngen.

Sammer.

Entscheidungen

in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.

Zusammengestellt im Reichsjustizamt[1]).

Nachträgliche Vereinbarung von Amortisationsleistungen bei einer Hypothek; Zulässigkeit der Eintragung einer solchen Aenderung ohne Zustimmung der nachstehenden Berechtigten.

§ 1119 BGB., § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZwVG.

Kammergericht Berlin, 29. August 1911. — Bd. 11 S. 248.

Für A. ist im Grundbuch eine mit 4 1/4 v. H. verzinsliche Darlehnshypothek eingetragen. Hinter dieser stehen zwei andere Hypotheken. Nachträglich hat sich der Grundstückseigentümer durch notarielle Erklärung verpflichtet, vom 1. Januar 1911 ab eine ohne Rücksicht auf die stattfindenden Amortisationen und etwaige Löschung getilgter Teile sich gleichbleibende Jahresrente von 6 v. H. (21 600 M.) zu entrichten, welche vom genannten Tage ab mit 4 1/4 v. H. als Zins, mit 1 3/4 v. H. als Amortisation berechnet werden soll; er hat Eintragung dieser Verpflichtung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. A. ist der Erklärung und Bewilligung sowie dem Antrag in notariell beglaubigter Urkunde beigetreten. Das Ersuchen des A. um entsprechende Eintragung ins Grundbuch hat das Amtsgericht unter Berufung auf § 1119 BGB. und auf § 10 Nr. 4 ZwVG. abgelehnt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Landgericht mit der Begründung zurückgewiesen, es sei zu berücksichtigen, daß fällige Amortisationsbeiträge im geringsten Gebote bar zu zahlen seien. Dem Vorteile, daß die Hypothek entsprechend vermindert sei, stehe also die im Einzelfalle wesentliche Erschwerung gegenüber, daß der Ersteher einen um so größeren Betrag sogleich bar erlegen müsse. Somit stehe er in solchem Falle schlechter, als wenn er die gesamte Hypothek ohne jene Bezahlung übernehme. Die Aussicht hierauf vermindere die Zahl der Bieter, verschlechtere also die Lage der nachstehenden Gläubiger. Deren Stellung dürfe aber nach allgemeinen Grundsätzen ohne ihre Zustimmung — abgesehen von dem Ausnahmefalle des § 1119 BGB. — nicht verschlechtert werden. Auf die weitere Beschwerde, in der beantragt wurde, dem Eintragungsantrag in der

---

1) Es werden zu jeder Entscheidung Band und Seite der Ausgabe der Buchhandlung von Puttkammer und Mühlbrecht in Berlin, nach welcher meistens die Entscheidungen angezogen werden, bemerkt.

Weise stattzugeben, daß die Jahreszahlung von 6 v. H. denselben Rang wie die betreffende Hypothek habe, hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückgewiesen.

Amortisationsbeiträge sind keine Nebenleistungen; sie sind vielmehr, so wie sie hier vorgesehen sind, rechtlich Abschlagszahlungen auf die Hauptforderung. Ihre nachträgliche Einführung bei einer in das Grundbuch eingetragenen Forderung ist demgemäß als nachträgliche Aenderung der ausgemachten und eingetragenen Zahlungszeit anzusehen. Sie bedarf daher nach § 1119 Abs. 2 BGB. nicht der Zustimmung der im Grundbuche nachstehenden Berechtigten. Dem steht auch die Bestimmung im § 10 Nr. 4 ZwVG. nicht entgegen. Letztere bezieht sich vielmehr allein auf den Fall der Zwangsvollstreckung. Sie kann möglicherweise, falls eine solche eintritt, die Wirksamkeit einer Abmachung der hier fraglichen Art im Vollstreckungsverfahren insofern beeinträchtigen, als die länger als zwei Jahre rückständigen Amortisationsraten nicht mit dem Range des Kapitals berücksichtigt werden und daher nicht in den bar zu zahlenden Teil des geringsten Gebots eingestellt werden. Ueber dieses Gebiet hinaus aber wirkt jene Sonderbestimmung nicht. Insbesondere läßt sich aus ihr eine Begrenzung der in Absatz 2 des § 1119 BGB. enthaltenen, hier — wie dargetan — anwendbaren Bestimmung nicht herleiten.

Wirkungen der Rechtskraft auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit, namentlich in Ansehung solcher Anordnungen, welche die Sorge für die Person eines unter elterlicher Gewalt stehenden Kindes betreffen. Unzulässigkeit einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts, durch die dem geschiedenen, nicht schuldigen Ehegatten auf Grund der besonderen, für den Fall der Scheidung geltenden Vorschriften die Sorge für die Person seines Kindes entzogen wird, wenn sie nicht dem anderen Ehegatten übertragen werden kann.

§ 18 FGG., §§ 1635, 1666 BGB.

Kammergericht Berlin, 20. Oktober 1911. — Bd. 11 S. 257.

Die jetzige Ehefrau S. ist in erster Ehe mit Franz C. verheiratet gewesen; diese Ehe ist geschieden und der Ehemann C. für den allein schuldigen Teil erklärt worden. Aus dieser Ehe stammt die am 6. Oktober 1898 geborene Marie C., über die nach Trennung der Ehe die Mutter das Personensorgerecht hatte.

Durch Beschluß vom 15. November 1910 hat das Vormundschaftsgericht der Ehefrau S. das Personensorgerecht über ihr Kind aus § 1635 BGB. und dem geschiedenen Ehemanne C. das Personensorgerecht über sein Kind sowie das Recht der Vermögensverwaltung und der Nutznießung am Vermögen des Kindes aus § 1666 BGB. entzogen und die Einleitung einer Vormundschaft über das Kind angeordnet.

Gegen diesen Beschluß haben der Ehemann C. und die Ehefrau S. Beschwerde eingelegt. Beide Beschwerden hat das Landgericht zurückgewiesen. Ebenso ist die weitere Beschwerde der Ehefrau S. vom Kammergericht zurückgewiesen worden.

Der kammergerichtliche Beschluß ist der Ehefrau S. am 8. März 1911 zugestellt. Am 25. Mai 1911 hat diese beim Vormundschaftsgerichte den Antrag gestellt, den am 15. November 1910 erlassenen Beschluß aufzuheben.

Das Vormundschaftsgericht hat den Antrag abgelehnt. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Vormundschaftsgericht zurückverwiesen:

Die Ausführung des Landgerichts, daß der Beschluß vom 15. November 1910 in materielle Rechtskraft übergegangen sei und daß diese rechtskräftige Anordnung nur aufgehoben werden könne, wenn die Gründe, die zu ihrer Anordnung geführt hätten, nicht mehr beständen, ist rechtsirrtümlich.

Der den Zivilprozeß beherrschende Grundsatz der materiellen Rechtskraft, daß nämlich das rechtskräftig Zuerkannte nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Abgewiesene nicht mehr geltend gemacht werden kann, ist in dieser Allgemeinheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit unbekannt und muß ihr unbekannt bleiben, da sie in erster Linie nicht bezweckt, einen Streit der Parteien zu entscheiden, vielmehr in erster Linie den Zweck verfolgt, das rechtliche Leben zu fördern. Mit letzterem Zwecke steht aber ein Festhalten an einer für unrichtig erkannten Entscheidung in Widerspruch (Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiw. Ger. S. 252 ff.; Josef in ZZP. 31, 71 ff.; Unger in ZZP. 36, 4, 5, 37 [auch letztinstanzliche Entscheidungen sind abänderbar]; Rausnitz, FGG. S. 135, 136 Anm. 1 zu § 18; Weißler, FGG. S. 54; ähnlich KGJ. 6, 10). In der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist zwischen formeller und materieller Rechtskraft zu unterscheiden. Ueber die formelle Rechtskraft einer Entscheidung bestimmt der § 18 FGG., der besagt, daß das Gericht, wenn es eine von ihm erlassene Verfügung nachträglich für ungerechtfertigt hält, berechtigt ist, sie zu ändern, und daß diese Berechtigung zur Aenderung der von ihm erlassenen Entscheidung nur da in Wegfall kommt, wo diese Entscheidung der sofortigen Beschwerde unterliegt. Wie aus der Denkschrift zum Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit hervorgeht, soll der § 18 eine den besondereren Bedürfnissen der nicht streitigen Rechtspflege entsprechende Fortbildung der Vorschrift des § 571 ZPO. sein, daß das Gericht, gegen dessen Entscheidung Beschwerde eingelegt ist, der Beschwerde abhelfen darf. Für die Fälle der sofortigen Beschwerde erachtet die Denkschrift die Zulassung der Abänderungsbefugnis nicht für angezeigt, weil es dort vor allem darauf ankomme, den baldigen Eintritt der Rechtskraft herbeizuführen. Ob die Denkschrift hier mit dem Ausdruck: „Rechtskraft" die materielle oder formelle Rechtskraft hat treffen wollen, kann dahingestellt bleiben, obgleich das angedeutete Ziel einer Beschleunigung des Verfahrens mehr für die Betonung der formellen als der materiellen Rechtskraft spricht. Jedenfalls läßt die Bezeichnung des § 18 (§ 17 des Entwurfs) FGG. als Fortbildung des § 571 ZPO. erkennen, daß der § 18 seine Wirkung auf dem Gebiete des Verfahrens äußern sollte. Der Unterschied zwischen ihm und dem § 571 ZPO. besteht darin, daß das Gericht, entsprechend seiner Offizialtätigkeit in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, seine Verfügung abändern kann, auch wenn Beschwerde nicht eingelegt ist, während auf dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit die Abänderungsbefugnis dem Gerichte nur dann zusteht, wenn Beschwerde eingelegt ist. Aus diesem Zusammenhange zwischen

dem § 18 FGG. und dem § 571 ZPO. folgt, daß jede Abänderungsbefugnis des Gerichts auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit wegfällt, wenn das Gericht der höheren Instanz materiell entschieden hat, und daß eine Abänderungsbefugnis nach § 18 überhaupt nicht mehr in Frage kommt, wenn die höchste Instanz materiell in dem Verfahren entschieden hat, das Verfahren also durch einen formell rechtskräftigen Beschluß abgeschlossen ist. Von diesem Zeitpunkt an gibt es — im Sinne des § 18 — für keine der Instanzen eine Abänderungsbefugnis mehr (KGJ. 32 A, 82; RJA. 6, 167). Deshalb hat der § 18 für die Beurteilung der Frage, ob das Vormundschaftsgericht seinen Beschluß vom 15. November 1910 abändern konnte, völlig auszuscheiden; auf ihn kommt es nicht mehr an, weil seine Anwendbarkeit durch die formell rechtskräftige Beendigung des Verfahrens ausgeschlossen wird. Der Beschluß vom 15. November 1910 hat infolge seiner Bestätigung durch das Kammergericht formelle Rechtskraft erlangt.

Unabhängig von der formellen Rechtskraft des Beschlusses vom 15. November 1910 ist aber die Frage zu beantworten, ob das Amtsgericht in der Lage ist, ein neues selbständiges Verfahren, sei es von Amts wegen oder auf Antrag, über die Frage der Entziehung des Personensorgerechts einzuleiten und in diesem neuen Verfahren eine dem Ergebnisse des früheren Verfahrens entgegengesetzte Entscheidung zu erlassen. Diese Frage ist bejahend zu beantworten, sobald man annimmt, daß die Entscheidung des früheren Verfahrens neben der formellen Rechtskraft nicht auch materielle Rechtskraft erlangt hat.

Für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit läßt sich eine allgemeine Regel über den Eintritt materieller Rechtskraft nicht aufstellen; vielmehr hängt es von dem Wesen des einzelnen Rechtsgebiets ab, ob der formell rechtskräftigen Entscheidung auch materielle Rechtskraft beizumessen ist (RJA. 6, 167; KGJ. 39 A, 44). Der Senat hat materielle Rechtskraft, d. h. Unabänderlichkeit der Entscheidung bei unveränderter Sachlage auf dem Gebiet der Fürsorgeerziehung (KGJ. 24 A, 35) angenommen, dagegen solche bei Standesamtsregisterberichtigungen verneint (RJA. 7, 89; KGJ. 39 A, 46), obwohl hier ein Fall der sofortigen Beschwerde gegeben war. Ob in Vormundschaftssachen nicht auch Fälle gegeben sind, in denen materielle Rechtskraft der Entscheidung anzuerkennen ist, kann hier dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist die materielle Rechtskraft für Anordnungen aus §§ 1635, 1666 BGB. hinsichtlich der Personensorge zu verneinen. Schon das Bürgerliche Gesetzbuch sieht bei diesen die Abänderlichkeit vor (§ 1635 Abs. 1, § 1671). Auch bei ihnen treffen die Erwägungen zu, aus denen im KGJ. 39 A, 46 die materielle Rechtskraft verneint ist. Sie betreffen kein Streitverhältnis hinsichtlich des Personensorgerechts. Denn maßgebend ist bei ihnen für die Entscheidung nicht das Recht eines Elternteils, sondern das Interesse des Kindes. So ist auch im RJA. 7, 89 hervorgehoben, daß die Entscheidungen aus §§ 1635, 1666 BGB. im öffentlichen Interesse zum Schutze schutzbedürftiger Personen ergehen. Auch Schneider in ZZP. 29, 110 führt die Fälle der §§ 1635, 1636 BGB. nicht unter denen des eigentlichen Streitverfahrens des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf. Nach alledem fehlt nicht nur jeglicher Grund, für diese lediglich dem öffentlichen Interesse des Schutzes der heranwachsenden Jugend dienenden Anord-

nungen materielle Rechtskraft — Unabänderlichkeit bei unveränderter Sachlage — anzunehmen; es ist vielmehr festzustellen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selbst hier die materielle Rechtskraft verneint, indem es in den §§ 1635, 1671 die spätere Aufhebung der gerichtlichen Anordnung ohne jegliche Einschränkung zuläßt.

Im vorliegenden Falle hat nun die Mutter des Kindes, die Ehefrau S., bei dem Amtsgericht eine erneute Prüfung der Frage verlangt, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entziehung des Personensorgerechts ihr gegenüber gegeben seien, und dieser Prüfung hatte sich nach obigem das Amtsgericht und auf Beschwerde das Landgericht und hat sich auf weitere Beschwerde auch das Kammergericht zu unterziehen. Die erneute Prüfung dieser Frage führt aber zu dem Ergebnisse, daß der geschiedenen Mutter des Kindes, dessen Vater das Personensorgerecht aus § 1666 BGB. entzogen wurde, nicht gleichzeitig oder später das Personensorgerecht aus § 1635 BGB. genommen werden kann.

Nach § 1627, 1630 BGB. hat der Vater kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen, und umfaßt diese Sorge für die Person und das Vermögen die Vertretung des Kindes. Nach § 1634 hat die Mutter während der Dauer der Ehe das Recht und die Pflicht, neben dem Vater für die Person des Kindes zu sorgen mit der Einschränkung, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht. Das Recht des Vaters aus §§ 1627, 1630 ist auf die Dauer der Ehe nicht beschränkt; das Recht der Mutter aus § 1634 findet dagegen bei der Auflösung der Ehe sein Ende. Endigt die Ehe durch den Tod der Mutter, so bleibt das Recht des Vaters aus §§ 1627, 1630 bestehen. Endet die Ehe durch den Tod des Vaters, so geht zwar das Recht der Mutter aus § 1634 unter; zugleich erwachsen ihr aber nach § 1684 die Rechte des verstorbenen Vaters aus § 1627 und § 1630. Endet die Ehe nun nicht durch den Tod des einen Ehegatten, sondern durch Scheidung der Ehe, so würden in Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Gesetzes über die Rechte der Eltern hinsichtlich des Kindes die Rechte des Vaters aus §§ 1627, 1630 BGB. fortbestehen bleiben und nur das Personensorgerecht der Mutter aus § 1634 untergehen, da dieses ausdrücklich nur für die Dauer der Ehe gegeben ist, und es würden die Rechte der Mutter aus § 1684 BGB. nicht entstehen können, da deren Entstehung von dem Tode des Vaters abhängig ist. Diese Sonderbestimmung über die für den Fall der Ehescheidung der Mutter gegebenen Rechte enthält § 1635 BGB., und zwar trifft Abs. 1 desselben nur über die durch die Scheidung infolge Wegfalls des Personensorgerechts der Mutter aus § 1634 notwendig gewordene anderweitige Regelung des Personensorgerechts beider Elternteile Bestimmung. Abgesehen von dem Personensorgerechte beläßt der Abs. 2 dem Vater alle ihm nach §§ 1627, 1630 BGB. zustehenden Rechte. Auch diejenigen Rechte, die dem überlebenden Elternteil im Falle des Todes des anderen nach §§ 1627, 1630, 1684 erwachsen, bleiben im Abs. 1 hinsichtlich des Personensorgerechts unberührt. Denn der Abs. 1 trifft Bestimmung über die Ausübung des Personensorgerechts nur für die Zeit, „solange die geschiedenen Ehegatten leben", es leben also die dem überlebenden geschiedenen Ehegatten aus §§ 1627, 1630, 1684 zustehenden Rechte aus der elterlichen Gewalt

einschließlich des Rechtes auf Personensorge mit dem Tode des anderen Ehegatten in der Person der Ueberlebenden wieder auf, auch wenn aus § 1635 abweichende Bestimmungen zwischen den Ehegatten getroffen sind; denn diese sind nur für die Zeitdauer des Lebens beider geschiedener Ehegatten getroffen und konnten nur insoweit getroffen werden. Hieraus ergibt sich, daß durch § 1635 BGB. nur das Elternrecht des einen Ehegatten hinsichtlich der Ausübung des Personensorgerechts hat geregelt werden sollen, und daß der § 1635 keine Anwendung da finden kann, wo nur einem Ehegatten bis zur Scheidung der Ehe das Personensorgerecht zugestanden hat, oder auch da, wo einem Ehegatten nach geschiedener Ehe das ihm verbliebene Personensorgerecht aus Gründen genommen ist, die allgemein gestatten, einem Elternteile das Personensorgerecht im Interesse des Schutzes des heranwachsenden Kindes zu entziehen (§ 1666 BGB.). Der § 1635 BGB. schreibt nun vor, daß, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes dann, wenn ein Ehegatte allein für schuldig an der Scheidung erklärt ist, dem anderen Ehegatten zusteht. Er besagt damit, daß er nur da Platz greift, wo es sich um die Entscheidung handelt, welcher von beiden Ehegatten das Personensorgerecht ausüben soll, nicht aber auch da, wo das Personensorgerecht beiden Ehegattten genommen werden soll, er regelt also immer nur das Personensorgerecht dahin, daß er es einem Ehegatten zuweist und den anderen Ehegatten von ihm ausschließt. (Vgl. RJA. 6, 23.) Im vorliegenden Falle stand also, da der Vater des Kindes allein für schuldig an der Scheidung erklärt war, nach der Scheidung bis zum Tode der Mutter dieser die Sorge für die Person des Kindes zu und nicht dem Vater. War nun dem Vater noch das Personensorgerecht schon während der Ehe aus § 1666 BGB. genommen oder wurde es ihm, wie das hier geschehen ist, noch nach der Scheidung der Ehe aus § 1666 BGB. genommen, so blieb durch diese Entscheidung das Personensorgerecht der Mutter unberührt, das ihr mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils, das den Ehemann allein für schuldig an der Scheidung erklärte, kraft Gesetzes zugefallen war. Nun bestimmt der § 1635 Abs. 1 Satz 2 weiter, daß das Vormundschaftsgericht eine abweichende Anordnung treffen kann, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist. Damit ist aber dem Vormundschaftsgerichte nicht die Möglichkeit gegeben, der Mutter auch dann das Personensorgerecht im Interesse des Kindes zu entziehen, wenn solches dem Vater nicht übertragen werden kann. Denn das Vormundschaftsgericht ist im Satz 2 nicht ermächtigt, im Interesse des Kindes hinsichtlich des Personensorgerechts der geschiedenen Ehegatten eine beliebige Anordnung zu treffen, sondern es kann nur eine von der gesetzlichen Anordnung des Satzes 1 abweichende Anordnung treffen. Die gesetzliche Anordnung geht dahin, das Personensorgerecht steht dem Ehegatten nicht zu, der für schuldig an der Scheidung erklärt ist, es steht vielmehr dem anderen unschuldigen Ehegatten zu. Die hiervon abweichende Anordnung kann nur dahin gehen: die Personensorge steht im Interesse des Kindes entgegen der gesetzlichen Anordnung hier nicht dem unschuldigen, sondern dem schuldigen Elternteile zu. Eine solche abweichende Anordnung ist aber nur in dem Falle möglich, daß dem schuldigen Elternteile das Personensorgerecht übertragen werden kann. Daraus ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 1635 für den Fall, daß dem unschuldigen Teile im

Interesse des Kindes die Personensorge genommen werden soll, während sie dem schuldigen Teile nicht übertragen werden kann und infolgedessen bei einer Entziehung des Rechtes von dem unschuldigen Ehegatten auf einen Pfleger oder Vormund übertragen werden müßte. Hiernach konnte der § 1635 BGB. einer Entscheidung, die der an der Scheidung unschuldigen Mutter das Personensorgerecht entziehen sollte, nicht zugrunde gelegt werden; vielmehr war eine solche Entscheidung nur auf § 1666 BGB. zu gründen. Der § 1635 ist stets nur zugunsten der Personensorge des anderen Ehegatten, niemals aber dann abwendbar, wenn diese an Stelle des einen Ehegatten einem Dritten übertragen werden müßte.

Befugnis der Aufsichtsbehörde des Standesamts, den von einem Beteiligten gestellten Antrag auf Berichtigung des Standesregisters an das Amtsgericht weiterzugeben, ohne selbst zu dem Antrage Stellung zu nehmen. §§ 65, 66 PStG.

Kammergericht Berlin, 29. September 1911. — Bd. 11 S. 263.

Im Heiratsregister des Standesamts zu G. ist unter Nr. 116 des Jahrganges 1894 als Mutter der Braut, der jetzigen Frau Dr. P., Helene von Kl. geb. Hoedt von Hansen aufgeführt.

Das Königliche Heroldsamt hat den Taufschein und die Sterbeurkunde der Mutter der Frau P. und die Taufscheine ihrer Geschwister dem Regierungspräsidenten mit dem Ersuchen übersandt, die Eintragung mit den übersandten Papieren in Einklang zu bringen und durch Streichung der Adelspartikel nach Anhörung der Frau Dr. P. als Beteiligte zu berichtigen.

Die Mutter der Frau Dr. P. ist bezeichnet in ihrem Taufschein als Helena Sophia Heyl, in ihrer Sterbeurkunde als Helene geb. Heydt, in der Heiratsurkunde ihrer Tochter als Helene geb. Hoedt von Hansen. Die Geschwister der Mutter der Frau P. sind in den Taufscheinen benannt Josepha Theophila Haeit und Pauline Lucina Heyit.

Der Regierungspräsident hat durch das Standesamt zu G. Frau Dr. P. gemäß § 66 PStG. hören lassen. Der Regierungspräsident hat darauf seine Akten nebst dem Ersuchen des Heroldsamts dem Amtsgerichte G. gemäß §§ 65, 66 PStG. zur Beschlußfassung vorgelegt.

Das Amtsgericht hat dem Regierungspräsidenten die Akten mit dem Ersuchen zurückgesandt, bestimmt formulierte Anträge zu stellen, da das Berichtigungsverfahren von Amts wegen eingeleitet sei.

Die hiergegen erhobene Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Der § 66 PStG. besagt in seiner jetzt geltenden, durch § 186 FGG. modifizierten Fassung:

„Für das Berichtigungsverfahren gelten die nachstehenden Bestimmungen:

Die Aufsichtsbehörde des Standesamts hat, wenn ein Antrag auf Berichtigung gestellt wird oder wenn sie eine solche von Amts wegen für erforderlich erachtet, die Beteiligten zu hören und geeignetenfalls eine Aufforderung durch ein öffentliches Blatt zu erlassen. Die abgeschlossenen Verhandlungen hat sie

demnächst dem Gericht erster Instanz — d. h. nach § 69 FGG. dem Amtsgerichte — vorzulegen. Dieses kann noch weitere tatsächliche Aufklärungen veranlassen und geeignetenfalls den Antragsteller auf den Prozeßweg verweisen."

Der § 66 unterscheidet hiernach zwei Fälle, in denen das Berichtigungsverfahren stattfinden kann, nämlich den Fall, daß ein Beteiligter bei der Aufsichtsbehörde des Standesamts den Antrag auf Berichtigung des Standesamtsregisters stellt und den Fall, daß diese Aufsichtsbehörde von Amts wegen eine Berichtigung für erforderlich erachtet. In beiden Fällen hat die Aufsichtsbehörde die Beteiligten zu hören und die abgeschlossenen Verhandlungen demnächst dem Amtsgerichte vorzulegen. Im ersteren Falle hat die Aufsichtsbehörde nach Anhörung der Beteiligten den Antrag des einen Beteiligten dem Amtsgerichte zur Entscheidung vorzulegen, im letzteren Falle hat sie zu erklären, daß sie von Amts wegen die Berichtigung für erforderlich hält. Im ersteren Falle kann sie sich dahin schlüssig machen, daß die Berichtigung von Amts wegen ebenfalls erforderlich sei, und demzufolge unter Uebersendung des Antrags des Beteiligten auch ihrerseits den Antrag auf Berichtigung stellen; sie braucht ihrerseits aber zu dem Antrage des Beteiligten nicht Stellung zu nehmen, sondern kann sich darauf beschränken, den bei ihr angebrachten Antrag, über dessen Berechtigung nicht sie, sondern das Amtsgericht zu entscheiden hat, dem Amtsgerichte zur Entscheidung vorzulegen. Liegt ein Antrag eines Beteiligten oder eines solchen, der sich für beteiligt hält, der Aufsichtsbehörde vor und gibt sie den Antrag nach Anhörung der übrigen Beteiligten mit den hieraus erwachsenen Verhandlungen dem Amtsgerichte weiter, ohne sich darüber auszusprechen, ob sie von Amts wegen die Berichtigung für erforderlich hält, so hat das Amtsgericht lediglich über den Antrag des Beteiligten zu entscheiden. Das Amtsgericht kann in solchem Falle eine Stellungnahme der Aufsichtsbehörde zu dem von ihr nicht gestellten, sondern nur von ihr nach Veranstaltung der für jeden Fall vorgesehenen Verhandlungen übermittelten Antrage des Beteiligten nicht fordern, da die Aufsichtsbehörde in ihrer Entschließung, ob sie die vom Beteiligten beantragte Berichtigung von Amts wegen für erforderlich hält oder nicht, völlig frei ist.

Im vorliegenden Falle hat das Königliche Heroldsamt bei der Aufsichtsbehörde die Berichtigung einer standesamtlichen Urkunde beantragt. Diesen Antrag hat der Regierungspräsident nach Veranstaltung der in jedem Falle des Berichtigungsverfahrens vorgesehenen Ermittelungen dem Amtsgerichte weitergegeben, ohne zu ihm seinerseits dahin Stellung zu nehmen, daß die Berichtigung von Amts wegen erforderlich sei. Zur Weitergabe des Antrags an das Amtsgericht ohne eigene Stellungnahme zu demselben war die Aufsichtsbehörde berechtigt, und daraus ergibt sich, daß das Amtsgericht nicht befugt ist, von der Aufsichtsbehörde die Stellung irgendwelcher Anträge zu fordern. Denn mit dem Verlangen nach der Stellung bestimmter Anträge fordert das Amtsgericht eine Stellungnahme der Aufsichtsbehörde zu dem Antrage des Heroldsamts dahin, daß sie die Berichtigung von Amts wegen begehre, während die Aufsichtsbehörde schon dadurch, daß sie den Antrag der Beteiligten lediglich weitergibt, sich dahin entschieden hat, von Amts wegen die Berichtigung nicht betreiben zu wollen.

Das in der Verfügung des Amtsgerichts gestellte Verlangen an die Aufsichtsbehörde ist hiernach unbegründet; die Verfügung und der sie bestätigende Beschluß des Landgerichts waren deshalb aufzuheben. Die Sache war zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr zum Antrage des Königlichen Heroldsamts auf Berichtigung der in Frage stehenden Heiratsurkunde Stellung zu nehmen hat.

Begriff des Vorstandes eines eingetragenen Vereins. Zulässigkeit der Anmeldung einer Aenderung des Vorstandes durch zwei Vorstandsmitglieder, wenn in der Satzung bestimmt ist, daß je zwei Mitglieder berechtigt sind, den Verein zu vertreten.

§§ 26, 64, 67, 77 BGB.

Kammergericht Berlin, 29. September 1911. — Bd. 11 S. 265.

Im Juli 1910 hat der Notar G. dem Amtsgericht L. die Urschrift und eine Abschrift des Statuts des Vaterländischen Frauenvereins zu C. sowie eine Abschrift des Protokolls der Mitgliederversammlung vom 19. Januar 1910, laut der zehn dort namentlich aufgeführte Personen in den Vorstand des Frauenvereins gewählt sind, und zwar Auguste W. als Vorsitzende und Hans Cz. als Schriftführer, sowie endlich eine Anmeldung des Frauenvereins zur Eintragung in das Vereinsregister eingereicht, die von Auguste W. als Vorsitzende und Hans Cz. als Schriftführer unterschrieben sind. Auf Grund dieser Anmeldung hat das Amtsgericht den Vaterländischen Frauenverein Zweigverein C. in das Vereinsregister eingetragen und in dieser Eintragung als Vorstandsmitglieder die in der Mitgliederversammlung vom 19. Januar 1910 gewählten zehn Personen aufgeführt. Hinsichtlich des Vorstandes bestimmt das Statut unter Nr. IV und VI:

„Die Leitung der Vereinsangelegenheiten liegt dem Vorstand ob. Die Vorstandsmitglieder werden von der Mitgliederversammlung gewählt. Der Vorstand besteht aus mindestens fünf weiblichen und einem männlichen Mitgliede. Der Vorstand wählt aus seiner Mitte die Vorsitzende, den Schriftführer, den Schatzmeister und Stellvertreter derselben. Der Vorstand beschließt über alle Vereinsangelegenheiten, welche nicht der Beschlußfassung der Mitgliederversammlung vorbehalten sind. Die Vertretung des Vereins nach außen erfolgt durch den geschäftsführenden Vorstand, der als der Vorstand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt. Derselbe wird gebildet von der Vorsitzenden und dem Schriftführer."

Im Mai 1911 hat derselbe Notar dem Amtsgericht eine Urkunde eingereicht, die von der Auguste W. und dem Bureauvorsteher C. in beglaubigter Form unterschrieben ist und in der diese zur Eintragung in das Vereinsregister anmelden, das Hans Cz. aus dem geschäftsführenden Vorstand ausgeschieden und der Bureauvorsteher C. zum Vorstandsmitglied und Schriftführer gewählt sei. Zugleich reicht er einen Beschluß des Vorstandes vom 3. Mai 1911 ein, nach dem an Stelle von Hans Cz. der Bureauvorsteher C. zum Schriftführer gewählt worden ist.

Das Amtsgericht hat die Eintragung dieser Aenderung im Vorstande des Vereins abgelehnt, weil die Anmeldung zum Vereinsregister von sämtlichen Vorstandsmitgliedern bewirkt werden müßte, in das Vereinsregister aber als

Vorstand zehn Personen eingetragen seien und die Anmeldung nur zwei Personen unterschrieben hätten. Das Statut dürfe nicht bestimmen, daß die Anmeldungen zum Vereinsregister nur der Mitwirkung eines Teiles des Vorstandes bedürfen sollten.

Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Die Ausnahmefälle, in denen sich das Beschwerdeverfahren in Vereinssachen nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung richtet (§§ 60, 71, 73 BGB.), liegen hier nicht vor. Denn es handelt sich nicht darum, daß die Eintragung des Vereins abgelehnt, die Satzungen geändert oder dem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen ist. Gegenstand des Verfahrens ist vielmehr eine Anmeldung zum Vereinsregister (§§ 67, 77 BGB.). Es gelten deshalb die Verfahrensvorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Für die Entscheidung der Frage, wer der Vorstand des Vereins im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist, kommt es darauf an, wie die Abschnitte IV und VI der Satzung des Vaterländischen Frauenvereins zu C. ihrem Sinne nach aufzufassen sind. Nach Nr. IV der Satzungen liegt die Leitung der Vereinsangelegenheiten dem Vorstand ob, der aus mindestens fünf weiblichen Mitgliedern und einem männlichen Mitgliede besteht. Nach Nr. VI der Satzung gilt dagegen als Vorstand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs der sogenannte „geschäftsführende Vorstand", der gebildet wird aus der Vereinsvorsitzenden oder ihrer Stellvertreterin oder dem Schriftführer oder dessen Stellvertreterin. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht abgelehnt, daß die unter Nr. VI bezeichneten Personen den Vorstand bilden, und zu Unrecht angenommen, daß der aus zehn Personen bestehende unter Nr. IV der Satzung bezeichnete Vorstand entsprechend dieser Bezeichnung der Vorstand des rechtsfähigen Vereins als dessen Willensorgan sei. Diese Ansicht der Vorinstanzen wird von dem Beschwerdeführer mit Recht bekämpft. Schon aus der Satzung selbst, die in Nr. VI ausdrücklich bestimmt, daß Vorstand im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur der dort näher geregelte Vorstand ist, ergibt sich die Unrichtigkeit dieser Ansicht. Diese ergibt sich weiter aus der zutreffenden Ausführung bei Planck, Bürgerliches Gesetzbuch (3) S. 99 Anm. 4 zu § 26. „Unter dem Ausdruck „Vorstand" wird in den Satzungen der Vereine bisweilen etwas anderes verstanden, als der § 26 BGB. darunter versteht. Dieser sogenannte Vorstand, der häufig aus einer großen Zahl von Mitgliedern besteht, hat nicht die eigentliche Geschäftsführung; diese ist vielmehr einem einzelnen, dem „Direktor" oder einer kleineren Zahl von Mitgliedern, „dem geschäftsführenden Vorstande" übertragen. In solchen Falle ist der Direktor oder der geschäftsführende Vorstand der Vorstand im Sinne des § 26, während der sogenannte Vorstand den Charakter eines Aufsichtsrats hat. Durch die dem letzteren kraft der Satzung zustehenden Befugnisse kann die Vertretungsmacht des wirklichen Vorstandes beschränkt sein; er hat selbst aber nicht die rechtliche Stellung des Vorstandes." Diese Ausführung trifft genau auf die Satzung des Frauenvereins C. zu. Der in Nr. IV bestimmte, aus mindestens sechs Personen bestehende Vorstand leitet zwar die Vereinsangelegenheiten, hat aber

mit der rechtlichen Vertretung und der Geschäftsführung des Vereins nichts zu tun. Diese ist dem geschäftsführenden Vorstande der Nr. VI vorbehalten und in der Weise geregelt, daß die Kollektivvertretung der Vorsitzenden zusammen mit dem die Schriftführung besorgenden männlichen oder weiblichen Vorstandsmitglied obliegt und daß diese Personen durch ihre gleichfalls zum geschäftsführenden Vorstande gehörenden Vertreter in dieser Eigenschaft vertreten werden. Eine gewisse Schwierigkeit macht die nicht sehr deutliche Fassung der Nr. VI, insbesondere die Verwendung des Wortes „oder". Die Fassung der Satzungsvorschrift könnte dahin verstanden werden, als ob vielleicht die Zusammensetzung des Vorstandes alternativ bestimmt sei, so daß immer nur zwei Personen den Vorstand bilden, diese Personen aber wechseln können (die Vorsitzende und der Schriftführer, oder die stellvertretende Vorsitzende und der Schriftführer oder die Vorsitzende und der stellvertretende Schriftführer usw.). Bei sinngemäßer Auslegung der Satzungsvorschrift ergibt sich jedoch, daß in ihr zweierlei zusammengefaßt ist, was zum Verständnisse des Inhalts wieder getrennt werden muß. Die Nr. VI der Satzung will zunächst besagen, daß der Vorstand des Vereins aus vier Personen besteht, nämlich aus der Vorsitzenden, der stellvertretenden Vorsitzenden, dem Schriftführer und dessen Stellvertreter. Sie will aber weiter bestimmen, daß bei der Vertretung des Vereins, abweichend von der gesetzlichen Regel, nicht alle vier Vorstandsmitglieder kollektiv handelnd aufzutreten haben, sondern daß ein kollektives Zusammenwirken von je zwei Vorstandsmitgliedern nach näherer Bestimmung der Nr. VI genügt. Diese den gesetzlichen Umfang der Vertretungsmacht ändernde Satzungsvorschrift ist zulässig und auch Dritten gegenüber nach Maßgabe der Vorschriften über das Vereinsregister rechtswirksam (§ 26 Abs. 2, § 64 BGB.).

Der Beschwerde des Beschwerdeführers war hiernach stattzugeben; auf Grund der Anmeldung der zwei Mitglieder des geschäftsführenden Vorstandes ist die Eintragung des in den Personen der Vorstandsmitglieder eingetretenen Wechsels zum Vereinsregisters zu bewirken. (Vgl. RJA. 9, 47).

Vorab muß aber das Amtsgericht die auf Grund der zwei Mitglieder des geschäftsführenden Ausschusses stattgehabte Eintragung des Vereins hinsichtlich des eingetragenen Vorstandes richtigstellen. Als Vorstand des Vereins sind nicht die zehn Personen des Vorstandes der Nr. IV der Satzung, sondern die Personen des geschäftsführenden Ausschusses zur Eintragung zu bringen (§ 64 BGB.).

Unzulässigkeit der Bewilligung des Armenrechts für die Aufnahme eines Nachlaßinventars wegen Armut des Nachlasses, wenn die Erben feststehen. §§ 114, 118 ZPO., § 14 FGG.

Kammergericht Berlin, 6. November 1911. — Bd. 11 S. 268.

Otto G. und Paul H. sind die Erben des am 27. Dezember 1910 verstorbenen Carl G. Auf Antrag eines Nachlaßgläubigers hat ihnen das Nachlaßgericht eine Frist zur Errichtung des Inventars über den Nachlaß bestimmt. Innerhalb der Frist beantragten die Erben bei dem Nachlaßgerichte, das Inventar seitens des Gerichts aufzunehmen und ihnen wegen der hierdurch erwachsenden Kosten das Armenrecht zu bewilligen. Zur Begründung des letzteren Antrags machten sie geltend, daß der Nachlaß überschuldet sei. Das

Nachlaßgericht lehnte die Bewilligung des Armenrechts ab, weil das Unvermögen der Antragsteller zu Bestreitung der Kosten nicht gemäß § 118 Abs. 2 ZPO., § 14 FGG. nachgewiesen sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt. In den Gründen wird ausgeführt:

Es fragt sich, ob ein Antrag der Erben, ihnen für eine gemäß § 2003 BGB. erfolgende Aufnahme des Nachlaßinventars das Armenrecht zu bewilligen, mit Armut des Nachlasses begründet werden kann. Diese Frage ist zu verneinen.

Laut § 14 FGG. finden die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Armenrecht entsprechende Anwendung. Nach diesen Vorschriften (§ 114 Abs. 1, § 118 Abs. 2) gilt als Armut das Unvermögen, die Kosten ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten. Hiernach ist das Armenrecht auf natürliche Personen beschränkt. Zugunsten eines Nachlasses kann es nicht bewilligt werden. Findet eine Vertretung statt, so kommt es auf die Armut des Vertretenen an. Aus diesem Gesichtspunkte hat das Reichsgericht (RG. 50, 394) die durch einen Nachlaßpfleger vertretenen unbekannten oder ungewissen Erben zum Armenrechte zugelassen, wenn der Nachlaß, dessen Mittel allein dem Nachlaßpfleger zur Kostenbestreitung zur Verfügung stehen würden, arm ist. Für eine solche Berücksichtigung der Unzulänglichkeit des Nachlasses ist aber dann kein Raum, wenn, wie hier, die Erben feststehen. In diesem Falle müssen die Erben ihr eigenes Unvermögen durch obrigkeitliche, dem § 118 Abs. 2 ZPO. entsprechende Zeugnisse nachweisen.

Das Kammergericht legt dann dar, daß die Erben nach § 3 GKG. für die Kosten der Inventarerrichtung nur beschränkt nach den Vorschriften über Nachlaßverbindlichkeiten haften, wenn die Aufnahme des Inventars durch den Richter oder gemäß § 70 PrAusfGVG. durch den Gerichtsschreiber erfolgt.

Mangelndes Beschwerderecht eines Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat, gegen Ablehnung der Feststellung, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, auch wenn die Ablehnung erfolgt, weil die Ausschlagung verspätet erklärt sei.

§ 20 FGG., § 1964 BGB.

Kammergericht Berlin, 4. Dezember 1911. — Bd. 11 S. 269.

Im Dezember 1909 ist in P. der Buchhalter Paul F. gestorben. Das Amtsgericht in P. hat durch Beschluß vom 6. Mai 1911 festgestellt, daß, nachdem alle bekannten Erben ordnungsmäßig die Erbschaft ausgeschlagen hätten und innerhalb eines Jahres weitere Erben nicht ermittelt seien, für den Nachlaß F.s ein anderer Erbe als der Fiskus des preußischen Staates nicht vorhanden sei.

Auf die gegen diesen Beschluß eingelegte Beschwerde der Königlichen Regierung in P. hat das Landgericht den Beschluß des Amtsgerichts aufgehoben, weil Pauline und Anna H. als Tante und Kusine des Erblassers die Erbschaft verspätet ausgeschlagen hätten und daher endgültig Erben geblieben seien, mithin die Voraussetzung für die Feststellung des fiskalischen Erbrechts, daß kein anderer Erbe vorhanden sei, fehle. Die hiergegen von Pauline und

Anna H. eingelegte weitere Beschwerde ist vom Kammergerichte zurückgewiesen worden und zwar aus folgenden Gründen.

Das Rechtsmittel ist an sich zulässig, auch formgerecht eingelegt, kann jedoch keinen Erfolg haben, weil die Beschwerdeführerinnen zur Einlegung der weiteren Beschwerde nicht legitimiert sind. Voraussetzung für die Beschwerdeberechtigung ist nach § 20 FGG. die Beeinträchtigung eines Rechtes des Beschwerdeführers. Unter einem „Recht" im Sinne dieser Vorschrift ist, wie in Besprechung und Rechtslehre allgemein anerkannt wird, nur ein wirkliches subjektives Recht zu verstehen; es genügt nicht ein rechtliches oder etwa nur berechtigtes Interesse. Ein subjektives Recht der Beschwerdeführerinnen ist hier aber nicht beeinträchtigt. Es ist hier nicht — wie dies bei der Feststellung des Erbrechts des Fiskus zutrifft — ein Erbrecht der Beschwerdeführerinnen festgestellt, so daß durch den Beschluß eine Vermutung für ihre Erbeigenschaft geschaffen würde und ihnen damit die Erbpflichten auferlegt würden, sondern es ist durch den angefochtenen Beschluß eine Feststellung des fiskalischen Erbrechts abgelehnt und zur Begründung dieser Ablehnung lediglich in den Gründen der Entscheidung darauf hingewiesen, daß die Voraussetzung für die Feststellung des fiskalischen Erbrechts, daß nämlich kein anderer Erbe vorhanden sei, fehle, weil die Beschwerdeführerinnen als Erben anzusehen seien. Durch diesen Ausspruch wird irgend ein subjektives Recht der Beschwerdeführerinnen nicht beeinträchtigt, da die Gründe nicht nach außen hin Recht schaffen, sondern lediglich eine Meinungsäußerung des Landgerichts darstellen, die für die Beschwerdeführerinnen ebensowenig verbindlich ist, wie wenn von einer anderen Seite behauptet würde sie seien Erben geworden. Der Umstand, daß die Beschwerdeführerinnen infolge der angefochtenen Entscheidung des Landgerichts, wenn diese bekannt wird, möglicherweise Angriffen der Nachlaßgläubiger ausgesetzt sind, begründet lediglich ein wirtschaftliches Interesse. Das Ziel einer weiteren Beschwerde würde nur Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Feststellung sein können; diese zu betreiben, sind die Beschwerdeführerinnen nicht befugt. Sie werden durch den Ausspruch des Landgerichts in ihrer Rechtssphäre nicht berührt, sind deswegen aber auch nicht beschwerdeberechtigt.

Befugnis des Registergerichts, die Einreichung der Urkunde über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu fordern.

§§ 8, 10, § 52 Abs. 1 GmbHG., § 195 Abs. 2 Nr. 4, § 199 Abs. 1 Nr. 4, § 244 HGB.

Kammergericht Berlin, 13. Oktober 1911. — Bd. 11 S. 270.

Im Handelsregister in P. ist die Kurbad- und Kurbrunnen-Gesellschaft mit beschränkter Haftung eingetragen. Am 21. September 1910 wurde in der notariell beurkundeten Generalversammlung der Gesellschaft in Abänderung des Gesellschaftsvertrags zur Unterstützung des Geschäftsführers ein aus drei Gesellschaftern bestehender Aufsichtsrat bestellt.

Die Anmeldung der beschlossenen Aenderung zum Handelsregister wurde vom Registergerichte beanstandet, indem es die Angabe der Mitglieder des Aufsichtsrats verlangte. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen wird ausgeführt:

Die Mitteilung der Aufsichtsratsmitglieder haben die Vorinstanzen mit Recht verlangt. Nach § 52 Abs. 1 GmbHG. finden auf den nach dem Gesellschaftsvertrage zu bestellenden Aufsichtsrat, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt ist, die für den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nach § 243 Abs. 1, 2, 4, §§ 244 bis 248 und § 249 Abs. 1, 2 HGB. geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Da vorliegend der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes bestimmt, so kommt auch der § 244 HGB. zur Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist jede Aenderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats von dem Vorstand unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen und der Vorstand hat die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen. Es ist der Beschwerdeführerin zuzugeben, daß diese Gesetzesvorschrift lediglich den Fall im Auge hat, daß eine Aenderung in den Personen der Mitglieder des Aufsichtsrats eintritt. Von einer solchen Aenderung ist vorliegend keine Rede; es handelt sich vielmehr um die erste Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats. Für die Aktiengesellschaften ist im § 199 Abs. 1 Nr. 4 HGB. vorgeschrieben, daß in die Veröffentlichung, durch welche die Eintragung der Aktiengesellschaft bekannt gemacht wird, außer dem Inhalte der Eintragung unter anderem auch der Name, Stand und Wohnort der Mitglieder des ersten Aufsichtsrats aufzunehmen sind. Um dies zu ermöglichen, ist im § 195 Abs. 2 Nr. 4 HGB. vorgeschrieben, daß auch die Urkunden über die Bestellung des Aufsichtsrats der Anmeldung der Aktiengesellschaften beizufügen sind. Das Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, kennt für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung ähnliche Vorschriften nicht; weder ist im § 8 die Einreichung der Urkunde über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats vorgeschrieben noch im § 10 Abs. 3 angeordnet, daß in die Veröffentlichung auch die ersten Mitglieder des Aufsichtsrats aufzunehmen sind. Obwohl es hiernach an einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift fehlt, wonach die Urkunde über die Bestellung des ersten Anfsichtsrats dem Registergericht einzureichen ist, muß dennoch der Registerrichter für befugt erachtet werden, die Einreichung dieser Urkunde zu fordern (so auch Staub-Hachenburg, GmbHG., [3.] 126 Anm. 10 zu § 8). Denn wenn das Gesetz verlangt, daß die Bekanntmachung jeder Aenderung in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder zum Handelsregister eingereicht wird, so muß auch gefordert werden, daß zum Handelsregister die ursprünglichen Mitglieder des Aufsichtsrats bekannt gegeben werden. Denn sonst würde die Vorschrift des § 244 HGB. vollständig ihren Zweck verfehlen. Sie ist erlassen um jedermann die Möglichkeit zu geben, sich durch Einsichtnahme in die zum Register eingereichten Urkunden und Bekanntmachungen über die jeweilige Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu unterrichten. Dieser Zweck könnte nicht erreicht werden, wenn die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats dem Registergerichte nicht mitgeteilt würden; denn ohne die Angaben über die Bestellung des ersten Aufsichtsrats werden die Mitteilungen über die in den Personen der Mitglieder dieses Organs eingetretenen Veränderungen vielfach nicht verständlich sein und kein klares Bild darüber geben, aus welchen Personen denn der Aufsichtsrat im gegebenen Zeitpunkte besteht. Erst wenn auch die ursprünglichen Aufsichtsratsmitglieder jederzeit beim Handelsregister festge-

stellt werden können, wird die im § 244 HGB. vorgeschriebene Einreichung der Bekanntmachung die erstrebte Wirkung haben können, daß Dritte die jeweilige Zusammensetzung des Aufsichtsrats nur dann nicht gegen sich gelten zu lassen brauchen, wenn sie beweisen, daß sie die Zusammensetzung nicht gekannt hätten.

Nach alledem mußte die weitere Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen werden.

Befugnis des Testamentsvollstreckers, Prokuristen für ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft zu bestellen.

§ 48 HGB., §§ 664, 2205, 2211, 2218 BGB.

Kammergericht Berlin, 20. Oktober 1911. — Bd. 11 S. 271.

Am 26. Februar 1911 ist der alleinige Inhaber der Firma C. H. verstorben und auf Grund des gerichtlichen Testaments vom 13. August 1903 von seiner Ehefrau und drei minderjährigen Kindern beerbt worden. Testamentsvollstrecker seines Nachlasses ist Justizrat Dr. M. Der Erblasser hat den Testamentsvollstrecker von allen mit dem Amte verbundenen Beschränkungen befreit, soweit dies zulässig ist, und den Wunsch ausgesprochen, daß er dem Kaufmann S. und einigen anderen Herren Kollektivprokura erteilen möchte.

Am 20. Juli 1911 meldete der Testamentsvollstrecker zur Eintragung in das Handelsregister an, daß die genannten Erben auf Grund ungeteilter Erbengemeinschaft Inhaber der Firma geworden seien und daß er den Kaufleuten S., O. und Sk. Gesamtprokura in der Weise erteilt hätte, daß immer zwei der letztgenannten Personen gemeinschaftlich zur Zeichnung der Firma berechtigt seien.

Das Registergericht verfügte auch die Eintragung der Erben als Inhaber der Firma, lehnte aber die Eintragung der Gesamtprokuristen ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde des Testamentsvollstreckers wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen:

Nach § 48 HGB. kann die Prokura nur von dem Inhaber des Handelsgeschäfts oder seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden. Damit sollte, wie die Denkschrift 49, 50 erkennen läßt, zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Prokura wegen der mit ihr verbundenen weitgehenden Befugnisse nicht von einem Prokuristen oder sonstigen Bevollmächtigten solle erteilt werden können. Dagegen war es keineswegs Absicht des Gesetzgebers, diejenigen Personen von der Prokuraerteilung auszuschließen, die, wenn sie auch nicht als gesetzliche Vertreter der Geschäftsinhaber gelten können, so doch aus anderen Rechtsgründen an Stelle der Inhaber mit einer die Befugnisse eines Prokuristen weit überschreitenden Vertretungsmacht ausgestattet sind. Zu Unrecht nimmt das Registergericht an, daß der Prokurist größere Machtbefugnisse habe als ein in der Verwaltung des Nachlasses und des zu ihm gehörenden Handelsgeschäftes nicht beschränkter Testamentsvollstrecker. Denn während der Prokurist nach § 49 Abs. 2 HGB. im Grundstücksverkehr erheblichen Beschränkungen

unterworfen ist und nach § 50 Abs. 3 HGB. auch bei mehreren Niederlassungen des Geschäftsinhabers auf den Betrieb einer von ihnen eingeschränkt sein kann, ist der in der Verwaltung unbeschränkte Testamentsvollstrecker diesen Einschränkungen nicht unterworfen, es sei denn, daß unentgeltliche Rechtsakte in Rede stehen, § 2205 Satz 3 BGB. Sodann aber ist der Testamentsvollstrecker nach § 2205 Satz 2 BGB. sogar zur Veräußerung des Handelsgeschäfts befugt (vgl. v. Staudinger, BGB. [5./6.] 5, 541 Anm. 3 Abs. 4 zu § 2205), während der Prokurist eine solche Machtbefugnis nicht hat, da er alle Maßnahmen unterlassen muß, die den Betrieb ganz lahmlegen und die Kaufmannseigenschaft des Prinzipals zerstören (ROHG. 23, 28; Brand, HGB. S. 164 Anm. 2c zu § 49). Geht aber hiernach die Vertretungsmacht des Testamentsvollstreckers weit über die des Prokuristen hinaus, so steht nichts im Wege, den Testamentsvollstrecker gemäß § 48 HGB. für befugt zu erachten, Prokuristen für das zum Nachlasse gehörende Handelsgeschäft zu ernennen. Diese Befugnis ist zwar nicht um deswillen anzunehmen, weil der Testamentsvollstrecker als gesetzlicher Vertreter der Erben, d. h. der gegenwärtigen Geschäftsinhaber, gelten könnte; denn nach der vom Reichsgerichte gebilligten ständigen Rechtsprechung des Kammergerichts ist der Testamentsvollstrecker weder Vertreter des Erblassers noch der Erben, sondern hat seine Befugnisse zu eigenem Rechte, wenn er sie auch in fremdem Interesse ausübt, vgl. RG. 56, 327; 61, 139, 145; RJA. 3, 101. Dagegen hat der Testamentsvollstrecker die Befugnis zur Bestellung von Prokuristen, weil er an Stelle der Geschäftsinhaber und in ihrem Interesse auf Anordnung des Erblassers mit umfassenden Verwaltungsbefugnissen ausgestattet ist und daher eine Rechtstellung einnimmt, die derjenigen nahekommt, die der Erblasser bei Lebzeiten als Inhaber des Handelsgeschäfts eingenommen hat. Aus diesem Grunde nehmen auch die Kommentare zum Handelsgesetzbuche von Ritter, Anm. 1 zu § 48 und von Brand, Anm. 3c zu § 48, mit Recht an, daß der in der Verwaltung nicht beschränkte Testamentsvollstrecker Prokuristen ernennen könne. Ein gegenteiliger Rechtsstandpunkt würde es dem Testamentsvollstrecker nicht selten unmöglich machen, der ihm vom Erblasser und dem Gesetz (§ 2216 BGB.) übertragenen Aufgabe, den Nachlaß ordnungsmäßig zu verwalten, gerecht zu werden. Denn große Handelsbetriebe werden, besonders wenn sie Zweigniederlassungen haben, ohne die Bestellung von Prokuristen oft nicht ordnungsmäßig geführt werden können, da es dem Testamentsvollstrecker unter Umständen nicht möglich sein wird, ohne Bestellung solcher mit weitgehenden Machtbefugnissen ausgestatteten Persönlichkeiten den Betrieb aufrecht zu erhalten. Hierzu kommt, daß der Wille des Erblassers, der über seinen Tod hinaus in der Person des Testamentsvollstreckers fortwirkt, vereitelt werden würde, wenn nicht der Testamentsvollstrecker, sondern die Erben Prokura zu erteilen hätten. Der Erblasser hat dadurch, daß er einen Testamentsvollstrecker ernannt hat, zu erkennen gegeben, daß nur dieser, nicht aber die Erben den Nachlaß verwalten sollen. Wäre es angängig, daß die Erben den Prokuristen bestellen könnten, so würden der Wille des Erblassers und die Vorschrift des § 2211 BGB., wonach über das der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegende Handelsgeschäft die Erben nicht verfügen können, hinfällig gemacht werden. Denn die Erben brauchten dann nur Personen zu Prokuristen zu

bestellen, die ihnen gefügig sind und ihre Obliegenheiten völlig nach ihrem Willen und unter ihrer Leitung erfüllen. Sie würden dann nicht nur die Verwaltung des vielleicht wichtigsten Nachlaßgegenstandes, des Handelsgeschäfts, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich in die Hand bekommen, sondern sie würden auch die Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers durch die von ihnen bestellten Prokuristen durchkreuzen und lahmlegen können. Auf der anderen Seite würde aber auch der Testamentsvollstrecker die Prokuraerteilung der Erben dadurch hinfällig machen können, daß er das ganze Handelsgeschäft veräußerte. Denn durch die Veräußerung des Geschäfts erlischt die Prokura, da das Prokuraverhältnis ein höchstpersönliches und auf gegenseitiges Vertrauen gegründetes ist und deshalb untergeht, sobald das Geschäft in andere Hände übergeht. (Staub, HGB. [8] 1, 238 Anm. 15 zu § 52; Goldmann, HGB. 1, 239 Anm. IIb zu § 53; Lehmann-Ring, HGB. 1, 138 Anm. 3; Brand, HGB. 172 Anm. 4b zu § 52; vgl. auch OLGRsp. 11, 378). Zu befriedigenden praktischen Ergebnissen gelangt man daher nur, wenn man dem Testamentsvollstrecker die Befugnis zur Bestellung von Prokuristen zubilligt. Auch wird man nur auf diese Weise dem Willen des Erblassers gerecht, der den Erben die Möglichkeit nehmen wollte, die Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers und damit die Erledigung der ihm zugewiesenen Aufgaben zu vereiteln. Hinzu kommt im vorliegenden Falle, daß die Bestellung von Prokuristen dem besonders ausgesprochenen Wunsche des Erblassers entspricht. Solche Anordnungen, die der Erblasser für die Verwaltung durch letztwillige Verfügung getroffen hat, hat aber der Testamentsvollstrecker nach § 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB. zu befolgen, und er würde pflichtwidrig handeln, wenn er solche Anordnung außer acht ließe. Die Annahme des Landgerichts, daß diese Anordnung wirkungslos sei, weil sie rein persönliche Rechte der Erben berühre, geht fehl. Denn, wie oben dargelegt, ist die Erteilung einer Prokura eine zu den Obliegenheiten des Testamentsvollstreckers gehörende Verwaltungshandlung und berührt nicht den Kreis höchstpersönlicher Sonderrechte der Erben.

Endlich stehen aber auch die Vorschriften des § 2218 und des § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB. der Bestellung von Prokuristen durch die Testamentsvollstrecker nicht entgegen. Nach diesen Bestimmungen darf allerdings ein Testamentsvollstrecker im Zweifel die Ausführung seiner Obliegenheiten nicht einem Dritten übertragen. Er kann also die Ausübung seines Amtes nicht vollständig einem anderen in der Weise überlassen, daß seine Funktionen als Testamentsvollstrecker aufhören und auf den anderen übergehen (KGJ. 27 A, 198; 32 A, 91). Wenn aber der Erblasser eine solche Uebertragung im Testament ausdrücklich gestattet hat, so kann sie insoweit zulässig sein, als die Anordnung des Erblassers sich in den gesetzlichen Schranken hält (KGJ. 32 A, 92). Vorliegend hat nun der Erblasser die Bestellung von Prokuristen ausdrücklich gewünscht. Außerdem aber würde, auch abgesehen hiervon, die Bestellung von Prokuristen um deswillen nicht unzulässig sein, weil in diesem Akte keineswegs die Uebertragung des Amtes in vollem Umfange zu erblicken ist. Denn zunächst bleiben, wie oben hervorgehoben, eine Reihe von wichtigen Rechtsakten der alleinigen Entschließung des Testamentsvollstreckers auch fernerhin vorbehalten und zudem sind die Prokuristen von dem Willen des Testamentsvollstreckers

abhängig. Die Prokura ist nämlich nach § 52 Abs. 1 HGB. jederzeit widerruflich, so daß der Testamentsvollstrecker rechtlich in der Lage ist, die Verwaltung des Nachlaßgeschäfts in jedem Augenblick wieder allein zu übernehmen (KGJ. 32 A, 93). Endlich bleibt auch nach der Bestellung der Prokuristen der Testamentsvollstrecker neben ihnen tätig und zudem betrifft die Vertretungsmacht der Prokuristen nicht den ganzen Nachlaß, sondern nur den in dem Handelsgeschäfte verkörperten Teil desselben.

Befugnis des Erwerbers des Geschäfts und der Firma einer Handelsgesellschaft, ohne Zustimmung der früheren Geschäftsinhaber, deren Name nicht in der Firma enthalten ist, Zweigniederlassungen zu gründen und die zu selbständigen Geschäften erhobenen Zweigniederlassungen mit der Firma zu veräußern.

§ 22 HGB.

Oberlandesgericht Darmstadt, 24. Nov. 1911. — Bd. 11 S. 275.

S. W. und Julius T. hatten 1887 in M. eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma S. W. u. Cie. gegründet, mit dieser Firma war das Geschäft im Februar 1889 in eine Kommanditgesellschaft übergegangen mit S. W. als persönlich haftendem Gesellschafter und Julius T. als Kommanditisten. Bei Gründung der Kommanditgesellschaft hatte Julius T. dem S. W. das Geschäft mit dem Rechte der Fortführung der Firma überlassen. Am 15. November 1889 wurde die Gesellschaft in der Weise aufgelöst, daß Geschäft und Firma mit allen Aktiven und Passiven auf S. W. als alleinigen Inhaber übergingen. Im Februar 1891 meldete S. W. eine Zweigniederlassung der Firma in F. an, die am 17. März 1891 als selbständige Hauptniederlassung auf H. W. überging, der dann auch die in M. befindliche Hauptniederlassung von S. W. im Juni 1903 erwarb.

Unterm 27. Mai 1911 meldeten H. W. und S. L. zum Handelsregister in D. an, daß die Zweigniederlassung des unter der Firma S. W. u. Cie. zu F. bestehenden Hauptgeschäfts, die in D. unter dieser Firma betrieben werde, zur Hauptniederlassung erhoben worden sei und daß S. L. mit Wirkung vom 31. Januar 1911 Geschäft samt Firma erworben habe und das Geschäft unter der Firma S. W. u. Cie. Nachf. unverändert weiter betreiben werde.

Das Registergericht lehnte die Eintragung ab, indem es davon ausging, daß der Rechtsvorgänger des Veräußerers S. W., der seine Einwilligung erteilt hatte, zur Begründung der Firma S. W. u. Cie. nicht fähig und daher auch zu deren Uebertragung nicht berechtigt gewesen sei. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgericht zurückgewiesen und hierbei auch für unwesentlich gehalten, daß der Beschwerdeführer sich erboten hatte, die Zustimmung des Julius T. bzw. dessen Erben beizubringen.

Der weiteren Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Darmstadt stattgegeben.

In den Gründen wird ausgeführt:

Nach der gegebenen Sach- und Rechtslage kann ein Grund zur Zurückweisung der Anmeldung vom 27. Mai nicht für vorliegend erachtet werden. Theorie und Praxis haben sich mit der Frage, inwieweit der Erwerber eines

Geschäfts mit Firma zu deren Vervielfältigung als befugt erscheint, schon häufig befaßt. In Staub, HGB. (8) 141 Anm. 13 zu § 22, wird ausgeführt: der Firmenerwerber dürfe Zweigniederlassungen gründen unter der Firma, sie unter dieser zu selbständigen Geschäften erheben, auch mit der Firma veräußern. Doch könne der Vertrag in allen diesen Richtungen beschränktere Rechte im Auge haben. Als regelmäßige Willensmeinung werde es bei der Veräußerung z. B. gelten müssen, daß die den Namen des früheren Inhabers enthaltende Firma nur für das einheitlich übertragene Geschäft gebraucht werden könne und ihre Vervielfältigung durch Abzweigung von Teilen des Geschäfts unter Uebertragung der Teile und der erworbenen Firma ohne Zustimmung des früheren Inhabers unzulässig sein solle. Düringer-Hachenburg, HGB. 2 Anm. 5 zu § 22, sieht das Recht zur Einwilligung als ein höchstpersönliches an und erachtet eventuell sämtliche Erben als zur Mitwirkung berufen. Ritter, HGB. Anm. 6 zu § 22, verlangt ausdrückliche Einwilligung des früheren Inhabers, denn im Zweifel liege in der Einwilligung zur Firmenfortführung nicht auch die Einwilligung in eine ungemessene Vervielfältigung der Firma. Er verweist hierbei auf RG. 67, 94. Auch in der OLGRspr. 4, 462; 7, 147 wird erwogen, daß nicht ohne weiteres als der Wille des früheren Geschäftsinhabers angenommen werden könne, durch die Veräußerung des Geschäfts mit der seinen Namen enthaltenden Firma diesen Namen zur beliebigen Ausnutzung ohne jede Einschränkung zu überlassen; als regelmäßige Willensmeinung sei vielmehr diejenige anzusehen, wie sie bereits oben als Auffassung des Kommentars von Staub wiedergegeben ist. Auf dem gleichen Standpunkte stehen die RGE. 56, 157 und 67, 94. Alle diese Erwägungen haben jedoch Tatbestände im Auge, in welchen der Name des Veräußerers einen Bestandteil der Firma bildete. Hier war dies nicht der Fall. Wird davon ausgegangen, daß der Vorgang der Zustimmung zur Firmenfortführung nicht als Veräußerung eines Vermögensobjekts zu denken ist, sondern als Bewilligung einer Namensführung — JW. 1894, 317 Nr. 17 — und daß es sich lediglich um den Vorteil handelt, daß das an die Firma sich knüpfende Vertrauen und der gute Ruf, den das Geschäft genießt, dem Erwerber zugute kommt, so liegt zu der oben wiedergegebenen einschränkenden Willensauslegung dann kein Anlaß vor, wenn der Name des Veräußerers, wie hier, in der Firma nicht enthalten ist. Sein Namensrecht wird nicht verletzt, ein wirtschaftliches Rechtsschutzbedürfnis steht seiner vorbehaltlosen Einwilligung gegenüber nicht in Frage und, da rechtsgeschäftliche Einwilligung einen Anspruch auf Firmenfortführung gibt, wird auch der Grundsatz der Firmenwahrheit nicht durchbrochen.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen waren sonach aufzuheben und der ersten Instanz die weiteren Maßnahmen zu überlassen.

Auseinandersetzung der Gesellschafter einer nichtigen offenen Handelsgesellschaft; Unzulässigkeit der Ernennung eines Liquidators für die Auseinandersetzung.

§ 145, § 146 Abs. 2 HGB.

Kammergericht Berlin, 1. Dezember 1911. — Bd. 11 S. 277.

Im Handelsregister in J. ist eine offene Handelsgesellschaft unter der

Firma „Farbwerk Oranien H. und S." eingetragen. Gesellschafter sind Hermann H. und Emil S.

Durch Beschluß vom 28. Juni 1911 hat das Registergericht in J. für die mit dem 1. Juli 1911 eintretende Liquidation der Gesellschaft auf Antrag des Gesellschafters S. den Kaufmann M. zum Liquidator ernannt. Der Gesellschafter H. hat gegen diese Ernennung sofortige Beschwerde eingelegt, weil infolge Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags vom 1./3. März 1909 eine offene Handelsgesellschaft nicht zustande gekommen sei, also auch ein Liquidator nicht bestellt werden könne. Die sofortige Beschwerde ist vom Landgericht zurückgewiesen worden. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Die vom Amtsgerichte bewirkte Ernennung eines Liquidators ist nur in dem Falle, daß die offene Handelsgesellschaft aufgelöst ist, zulässig gewesen (§ 145, § 146 Abs. 2 HGB.). Die Auflösung der Gesellschaft setzt begrifflich voraus, daß sie zu Recht bestanden hat. War also der ihr zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag von vornherein nichtig, so kann von einer Liquidation keine Rede sein. Die Aktiengesellschaft verwandelt sich allerdings mit der Eintragung der Nichtigkeit gemäß § 311 Abs. 1 HGB. in eine Liquidationsgesellschaft. Eine ähnliche Vorschrift gibt es aber für die offene Handelsgesellschaft nicht. Erweist sich letztere als nichtig, so muß die Auseinandersetzung nach den Grundsätzen der Aufhebung einer Gemeinschaft gemäß §§ 741 ff. BGB. erfolgen. (Das Kammergericht erörtert dann die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag nichtig sei, und hält eine neue Prüfung der Sachlage durch das Registergericht für erforderlich.)

Zulässigkeit einer Bestimmung, wonach der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft bei Anwesenheit von mindestens zwei Mitgliedern beschlußfähig ist.

§ 6 Abs. 2, § 243 HGB., Art. 2 Abs. 1 EGzHGB., §§ 28, 32, 34, 40 BGB.

Kammergericht Berlin, 16. Februar 1912. — Bd. 11 S. 277.

Die Sp.s Patent Aktiengesellschaft beschloß in der Generalversammlung vom 14. Dezember 1911 eine neue Fassung des § 19 Abs. 2 der Satzungen. Danach soll die Berufung des Aufsichtsrats durch den Vorsitzenden oder dessen Stellvertreter unter Mitteilung der Tagesordnung, des Ortes und der Zeit der Versammlung erfolgen, und der Aufsichtsrat soll beschlußfähig sein, wenn mindestens zwei Mitglieder anwesend sind. In schleunigen Fällen sollen Beschlüsse auch durch schriftliche Abstimmung gefaßt werden können.

Das Registergericht lehnte die Eintragung der Satzungsänderung ab, da mindestens drei Mitglieder für einen beschlußfähigen Aufsichtsrat erforderlich seien und deshalb die Satzungsänderung gesetzwidrig sei. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht verwiesen.

Zu Unrecht nimmt das Landgericht an, daß die Vorschrift des § 243 HGB. der angemeldeten Statutenänderung entgegenstehe. Denn wenn im § 243 Abs. 1 bestimmt ist, daß der Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft aus drei Mitgliedern bestehen müsse, sofern nicht das Statut eine höhere Zahl festsetze, so ist damit lediglich die Art der Zusammensetzung dieses Organes der Aktiengesellschaft näher bestimmt. Es ist aber damit nicht etwa auch darüber Bestimmung getroffen, in welcher Weise dies Organ seine Beschlüsse fassen solle. Ueber die Art des Zustandekommens der Beschlüsse des Aufsichtsrats enthält das Handelsgesetzbuch keine Vorschriften. Es müssen deshalb in dieser Beziehung die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Vereine (§§ 21 bis 54) Anwendung finden. Denn auch die Aktiengesellschaft ist ein Verein im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Dies folgt aus § 6 Abs. 2 HGB., wo unter dem „Verein" auch die Aktiengesellschaft verstanden ist. Da weder im Handelsgesetzbuche noch im Einführungsgesetze zum Handelsgesetzbuche der Ausschluß der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs angeordnet ist, kommen die §§ 21 bis 54 BGB. gemäß Art. 2 Abs. 1 EGzHGB. auch für die Aktiengesellschaften in Betracht. Dies haben sowohl das Reichsgericht wie auch das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung angenommen (RG. 53, 231; 57, 93; JW. 1903 Beil. S. 39 Nr. 81; 1904 S. 45 Nr. 14 und S. 167 Nr. 5; DJZ. 1902, 53; RJA. 3, 28).

Hiernach richtet sich die Beschlußfassung der Aktiengesellschaft (Vorstand und Aufsichtsrat) nach den Vorschriften des § 28 Abs. 1 sowie der §§ 32 und 34 BGB. Da der Aufsichtsrat nach § 243 Abs. 1 HGB. stets aus mehreren, d. h. aus mindestens drei Personen besteht, so erfolgt die Beschlußfassung gemäß § 28 Abs. 1 BGB. nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34. Hiernach ist gemäß der Vorschrift des — allgemeine Rechtsprinzipien enthaltenden — § 32 Abs. 1 BGB. zur Gültigkeit eines Beschlusses erforderlich, daß der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird, und es entscheidet bei der Beschlußfassung die Mehrheit der erschienenen Mitglieder. Es wird also für einen gültigen Beschluß sogenannte absolute Mehrheit verlangt. Nach § 40 BGB. sind nun aber die Vorschriften des § 28 Abs. 1 und des § 32 nur insoweit anwendbar, als nicht die Satzung etwas anderes bestimmt. Es herrscht also auf diesem Gebiete für die Vereinsmitglieder vollkommene Freiheit. Sie können durch Satzungsvorschriften die Art der Beschlußfassung ihrer Organe nach freiem Ermessen regeln. Die Satzung kann daher auch relative Mehrheit als genügend erklären oder, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist, eine bestimmte Mitgliederzahl als Erfordernis einer gültigen Beschlußfassung vorschreiben. Wenn also die geänderte Satzung verlangt, daß der Aufsichtsrat beschlußfähig sein solle, wenn mindestens zwei Mitglieder anwesend sind, so ist diese Aenderung voll rechtswirksam. Die Satzung hat damit zu erkennen gegeben, daß sie einerseits die Anwesenheit aller Aufsichtsratsmitglieder zur Fassung eines gültigen Beschlusses nicht für erforderlich halte, andererseits aber sich auch nicht damit begnügen wolle, daß ein einziges Mitglied des Aufsichtsrats in der einberufenen Versammlung erscheine. Ohne diese Satzungsbestimmung würde aber schon die Anwesenheit nur eines Mitgliedes zur gültigen Beschlußfassung genügen. Die beanstandete Satzungsvorschrift stellt also an das Zustandekommen eines nach innen wirksamen Aufsichtsratsbeschlusses höhere Anforderungen an das Gesetz.

Zu Unrecht meint das Registergericht, daß der Satzungsänderung der Beschluß des Kammergerichts vom 11. Juli 1902 (KGJ. 24 A, 198) entgegenstehe. Denn damals handelte es sich nicht um die Frage, in welcher Weise die innere Geschäftstätigkeit des Aufsichtsrats gestaltet und die Beschlußfassung bei den Versammlungen seiner Mitglieder geregelt werden könne, sondern es kam lediglich in Betracht, ob bei Anmeldungen zum Handelsregister, die von sämtlichen Mitgliedern des Aufsichtsrats kraft Gesetzes zu bewirken sind, die Mitwirkung der vorhandenen Mitglieder bei unvollständiger Besetzung des Aufsichtsrats genüge. Dies ist damals mit Recht verneint worden. Denn wenn der Aufsichtsrat nach außen hin Rechtsakte vornehmen will, so muß er so organisiert sein, wie es das Gesetz oder das Statut verlangt. Handelt es sich aber, wie im vorliegenden Falle, lediglich um seine innere Geschäftsführung und die Art des Zustandekommens der in seinem Schoße gefaßten Beschlüsse, so können an die Mitwirkung der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder bei der Beschlußfassung geringere Anforderungen gestellt werden, und die Aktiengesellschaft ist nicht gehindert, schon die Anwesenheit zweier Aufsichtsratsmitglieder als genügende Voraussetzung einer gültigen Beschlußfassung zu erklären (vgl. KGJ. 31 A, 197). Ein Beschluß kann in solchen Fällen, in denen nur zwei Aufsichtsratsmitglieder erscheinen, natürlich nur zustande kommen, wenn die beiden Mitglieder einig sind; sind sie verschiedener Ansicht, so ist infolge Stimmengleichheit eine Beschlußfassung nicht möglich. Die Gefahr des Zustandekommens von Beschlüssen, die der Mehrheit der tatsächlich vorhandenen (nicht bloß der erschienenen) Aufsichtsratsmitglieder nicht genehm sind, ist daher bei der in Rede stehenden Satzungsbestimmung nicht größer, als wenn für eine Beschlußfassung die Anwesenheit von drei Mitgliedern, von denen ebenfalls zwei die Mehrheit bilden, vorgesehen ist.

Daß die Vorschrift der Satzung gegen das Kollegialprinzip verstoße, wie das Landgericht meint, ist unrichtig. Dies Prinzip ist bei der Beschlußfassung von Behörden und Gerichten, die unter Teilnahme einer bestimmten Zahl von Mitgliedern vorzunehmen ist, zu beachten; es kann aber keine Anwendung finden auf die Beschlüsse der Organe eines Aktienvereins oder einer sonstigen privatrechtlichen Körperschaft.

Hiernach waren die Vorentscheidungen aufzuheben.

Bezeichnung der Nacherben bei der Eintragung des Vorerben, wenn als Nacherben die „ehelichen Abkömmlinge des Vorerben" eingesetzt sind.

§ 52 GBO.

Kammergericht Berlin, 25. September 1911. — Bd. 11 S. 280.

Die am 22. Januar 1907 verstorbene Witwe Christine K. hatte in ihrem am 21. Januar 1907 in einer notariellen Urkunde errichteten Testament ihre fünf Kinder als Erben eingesetzt, die Tochter Wilhelmine S. geb. K. jedoch mit der Beschränkung, daß sie den ihr anfallenden Erbteil nur als Vorerbin erhalte und zu Nacherben ihre „ehelichen Abkömmlinge" berufen seien.

Die genannten Erben haben, der Ehemann S. als gesetzlicher Vertreter der drei minderjährigen ehelichen Kinder seiner Frau, einen privatschriftlichen Erbauseinandersetzungsvertrag geschlossen, inhalts dessen die Nachlaßgrundstücke an einzelne Miterben verteilt sind. Hierbei sind der Frau Wilhelmine S.

eine Reihe von Grundstücken als mütterliches Erbe für sie als Vorerbin und ihre minderjährigen Kinder Wilhelm, Georg und Elisabeth als Nacherben zugewiesen worden. Die Geburtsurkunden der genannten drei Kinder sind demnächst zu den Grundakten eingereicht worden.

In einer weiteren notariell beglaubigten Urkunde wurde August K. ermächtigt, vor dem Grundbuchamte zu erklären, daß aus Anlaß der stattgehabten Erbteilung das Eigentum an den Nachlaßgrundstücken auf die einzelnen Erben übergehen solle. Von dem Vormundschaftsgericht sind Erbauseinandersetzungsvertrag, Auflassungsvollmacht und Eintragungsbewilligung für die minderjährigen Kinder der Eheleute S. vormundschaftsgerichtlich genehmigt worden.

Das Grundbuchamt hat die von dem Bevollmächtigten August K. beantragten Eintragungen beanstandet und von dem Antragsteller die Einreichung eines Erbscheins nach der Witwe Christine K. verlangt, da das Testament zum Nachweise der Erbfolge nicht genüge. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Die Frage, ob überhaupt im vorliegenden Falle eine Eintragung der Nacherben gemäß § 52 GBO. zu erfolgen hat, war zu bejahen. Die Rechtslage ist hier eine andere als in dem vom Kammergericht KGJ. 30 A, 212 entschiedenen Falle. Dort war von der Eintragung der Nacherben deshalb abzusehen, weil der Vorerbe nicht nur die Hypotheken übernommen hatte, die auf dem ihm bei der Erbteilung zugewiesenen Nachlaßgrundstück eingetragen waren, sondern sich auch zur Herauszahlung an jeden Miterben verpflichtet hatte, so daß also nur dasjenige, was der Vorerbe durch Uebereignung des Grundstücks nach Abzug der übernommenen Hypotheken und Leistungen erhielt, mit dem Rechte der Nacherben belastet war, nicht aber das Grundstück selbst. Hier dagegen sind der Ehefrau S. unbelastete Nachlaßgrundstücke aufgelassen worden, ohne daß sie ihrerseits irgendwelche Verpflichtung zu einer Herauszahlung übernommen hätte. Es müssen daher die ihr in Vollziehung der Erbteilung aufgelassenen Parzellen als mit dem Rechte der Nacherben belastet angesehen werden. Die Miteintragung der Nacherben ist auch bei der Auflassung ausdrücklich bewilligt und beantragt worden.

Was nun die Personen der Nacherben betrifft, so werden diese durch die beigebrachten drei Geburtsurkunden nicht nachgewiesen, da an sich möglich ist, daß von diesen drei Kindern eines wieder gestorben wäre, und andererseits durch die Urkunden nicht dargetan wird, daß diese Kinder die einzigen sind. Die Geburtsurkunden können ferner auch deswegen den Erbschein nicht ersetzen, weil das notarielle Testament nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit anderen Urkunden das Erbrecht erweisen würde, was dem § 36 Abs. 1 Satz 2 GBO. nicht entspricht (KGJ. 38 A, 225; Güthe GBO. 1, 778 Anm. 49 zu § 36).

Gleichwohl ist von der Beibringung eines Erbscheins abzusehen, weil das Verlangen der Vorinstanzen, daß die Namen der Nacherben in das Grundbuch eingetragen werden sollen, nicht gerechtfertigt erscheint. In dem Testamente sind die „ehelichen Abkömmlinge" der Frau S. als Nacherben eingesetzt. Eine Vererbung des Nacherbenrechts auf eine nicht zum Kreise der Abkömmlinge

gehörende Person gemäß § 2108 Abs. 2 BGB. entspricht zweifellos nicht dem Willen der Erblasserin. Ihre Absicht ging offenbar dahin, diejenigen ehelichen Abkömmlinge der Frau S. zu Nacherben einzusetzen, welche beim Eintritte der Nacherbfolge vorhanden sein würden. Wer wirklich Nacherbe wird, entscheidet sich also erst nach den Verhältnissen zur Zeit des Todes der Vorerbin. Ob die gegenwärtig vorhandenen Kinder dazu gelangen, steht noch dahin; andererseits können weitere Kinder hinzutreten. Es ist demnach zurzeit nicht möglich, die Nacherben genauer als im Testamente geschehen zu bezeichnen; auch ein Erbschein würde als Nacherben nur „die zur Zeit des Todes der Vorerbin vorhandenen ehelichen Abkömmlinge" der letzteren benennen können.

Diese Auffassung steht mit den Entscheidungen des Kammergerichts im RJA. 3, 66 und OLGRspr. 9, 438 nicht im Widerspruch. In dem ersteren Falle waren bestimmte Personen als Nacherben eingesetzt und für sie Ersatznacherben berufen. Da der Fall der Ersatzberufung eingetreten war, wurde mit Recht die Aufnahme des weggefallenen Hauptnacherben in den Erbschein beanstandet und an seiner Stelle die namentliche Bezeichnung des Ersatzberufenen verlangt (§ 2363 Abs 1 Satz 1 BGB.). In dem zweiten Falle waren bei der Einsetzung der Abkömmlinge einer Person als Nacherben die bereits lebenden namentlich aufgeführt. Daraus ergab sich, daß nicht die erst künftig bei dem Eintritte der Nacherbfolge vorhandenen Abkömmlinge berufen, vielmehr die zurzeit vorhandenen Abkömmlinge schon jetzt die Rechtsstellung von Nacherben haben sollten. Diese aber genauer zu bezeichnen, war möglich und auch erforderlich, da eine möglichst genaue Bezeichnung der Nacherben im Erbschein und in der Eintragung nach § 52 GBO. nicht nur im Interesse der Nacherben, sondern auch des Vorerben geboten ist. Im gegenwärtigen Falle aber sollen, wie dargelegt, nur die zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge lebenden ehelichen Abkömmlinge Nacherben werden; es steht daher zurzeit überhaupt noch nicht fest, wer Nacherbe ist, auch soweit es sich um die Rechte während der Dauer der Vorerbschaft handelt. Bei dieser Rechtslage kann auch die zwischen dem Kammergerichte (KGJ. 35 A, 215) einerseits und den Oberlandesgerichten in Dresden und Rostock (ZfFG. 11, 548; Recht 1911 Nr. 1981) andererseits streitige Frage unerörtert bleiben, ob dem für einen Nacherben eingesetzten Ersatzerben vor dem Wegfalle des erstberufenen Nacherben ein eintragungsfähiges Recht zusteht. Ein solcher Fall einer Ersatzberufung liegt hier nicht vor; es sind vielmehr Personen, die sich erst nach den Verhältnissen in einem gewissen künftigen Zeitpunkte bestimmen, als Nacherben eingesetzt; die Nacherben können daher gegenwärtig überhaupt nicht mit Namen bezeichnet werden. Daraus folgt, daß in einem dem Vorerben etwa nach § 2363 BGB. zu erteilenden Erbscheine die Person der Nacherben nur mit einer allgemeinen Umschreibung, nicht mit Namen, wiedergegeben werden kann, mithin auch etwa schon vorhandene Abkömmlinge nicht namentlich aufzuführen sind und daß es für eine gemäß § 52 GBO. zu bewirkende Eintragung des Rechtes der Nacherben der Vorlegung eines Erbscheins nicht bedarf, soweit dieser nur zum Nachweise der Person der Nacherben erforderlich sein würde.

Hiernach war unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Grundbuchamt anzuweisen, von der Erforderung eines Erbscheins Abstand zu nehmen. Bei der weiteren Behandlung der Sache ist jedoch zu berücksichtigen, daß die Nacherben bisher bei der Erbauseinandersetzung und der Auflassung nicht rechts-

wirksam vertreten gewesen sind. Ist die Person der Nacherben dahin zu bestimmen, daß sie zurzeit noch unbekannte Beteiligte sind, so können sie nicht durch den Vater der bereits lebenden Abkömmlinge, vielmehr in ihrer Gesamtheit nur durch einen gemäß § 1913 BGB. zu bestellenden Pfleger vertreten werden. Dieser hat alsdann für die Zeit bis zum Eintritte der Nacherbfolge die Rechte der Nacherben wahrzunehmen.

Bezahlung einer Hypothek durch einen Miteigentümer des belasteten Grundstücks. Erwerb der Hypothek durch den im eigenen Namen zahlenden Miteigentümer in voller Höhe an seinem Anteil und, soweit er von einem Miteigentümer Ersatz verlangen kann, auch an dem Anteile des Ersatzpflichtigen ohne Unterscheidung, ob die Hypothek auf den einzelnen Anteilen ruht oder ob das Grundstück einheitlich belastet ist. Pfändung einer auf den Miteigentümer übergangenen Buchhypothek; Erfordernis der Umschreibung der Hypothek auf den Namen des Miteigentümers.

§ 1173 BGB., § 830 ZPO., § 40 Abs. 1 GBO.

Kammergericht Berlin, 3. Oktober 1911. — Bd. 11 S. 283.

In dem Grundbuche von J. Band 20 Bl. 665 sind als Eigentümer die Eheleute Hermann S. und Wilhelmine geb. W. als Miteigentümer je zur Hälfte eingetragen. In Abt. III Nr. 2 steht folgende Belastung: „Zweihundertzweiundvierzig M. Steiggeld für die Eheleute R. aus der freiwilligen Versteigerung vom 18. März 1908, zahlbar mit je ein Drittel Martini 1908, 1909 und 1910 ohne Zinsen. . . . . Eingetragen bei Anlegung des Grundbuchs am 8. Januar 1909“.

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Tonwerk F. reichte im Mai 1911 folgende Schriftstücke dem Grundbuchamt ein:

1. eine notariell beglaubigte Erklärung der Eheleute R., in der es von der Eintragung Abt. III Nr. 2 heißt:

„Die 242 M. Steiggeld sind von Hermann S. nach Anlegung des Grundbuchs bezahlt und hat er dadurch eine Eigentümergrundschuld erworben, die . . . . für das Tonwerk F. . . . gepfändet . . . ist.

Wir bewilligen hiermit die Löschung der bezeichneten Hypothek“.

2. einen Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß, in dem wegen einer Forderung des Tonwerks F. gegen den Ehemann Hermann S. in Höhe von 252 M. „die angebliche Eigentümerhypothek von 242 M. des Schuldners, die dadurch entstanden sein soll, daß dieser die für die Eheleute R. eingetragene Steiggelderhypothek dem ganzen Betrag von 242 M. nach abgetragen haben soll, gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen wird.

Auf Grund dieser Urkunden beantragte das Tonwerk die Eintragung der Pfändung im Grundbuche. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag ab mit der Begründung, daß im Pfändungsbeschlusse die Eigentümerhypothek des S. gepfändet werde, während tatsächlich nur eine Eigentümergrundschuld des S. und zwar nur in Höhe des halben Betrags der Hypothek bestehe.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Das Kammergericht legt zunächst dar, daß die Steiggelderhypothek eine Buchhypothek sei. Es fährt sodann fort:

Ist die Hypothek demnach als Buchhypothek anzusehen, so greift der § 830 Abs. 1 Satz 3 ZPO. Platz. Dieser gilt auch für Eigentümergrundschulden (RG. 55, 379; 56, 13, 184; 59, 313; KGJ. 28 A, 136; 33 A, 274). Es ist daher zur Begründung des Pfandrechts die Eintragung der Pfändung erforderlich. Diese Eintragung setzt das Vorliegen eines Pfändungsbeschlusses und die Entstehung der Eigentümerhypothek voraus.

Dem ersten Erfordernis ist genügt. Denn es ist ein Pfändungsbeschluß vorgelegt, und dieser ist inhaltlich geeignet, die Grundlage der Eintragung zu bilden. Insbesondere ist es unerheblich, daß in ihm die zu pfändende Post als Eigentümerhypothek und nicht als Eigentümergrundschuld bezeichnet ist. Gemeint ist jedenfalls das von dem Eigentümer an der Stelle des Gläubigerrechts erworbene dingliche Recht, gleichviel ob dies eine Eigentümergrundschuld oder eine Eigentümerhypothek ist.

Das zweite Erfordernis für die Eintragung der Pfändung ist die Entstehung der Eigentümerhypothek. Diese Entstehung ist dem Grundbuchrichter nachzuweisen (KGJ. 22 A, 171; 28 A, 133; 29 A, 186). Durch die notariell beglaubigte Erklärung der Eheleute R. ist bewiesen, daß der Miteigentümer S. die Hypothekensumme von 242 M. an die Gläubiger nach Anlegung des Grundbuchs gezahlt hat. Die Zulässigkeit der Eintragung hängt somit davon ab, ob der Miteigentümer S. durch diese Zahlung die Hypothek erworben. Es ist also die Frage zu beantworten, welche Rechtsfolgen die Bezahlung einer auf einem Grundstücke lastenden Hypothek durch einen der mehreren Miteigentümer hat.

Für die Beantwortung dieser Frage ist von Erheblichkeit, ob der zahlende Miteigentümer namens aller Miteigentümer oder für sich allein zahlt. Im ersten Falle erwirbt jeder Miteigentümer einen der Höhe seines Miteigentumsanteils entsprechenden realen Teil der Hypothek. Dies ist aus § 420 BGB. zu entnehmen und in der Rechtsprechung und der Rechtslehre kaum streitig (RG. 51, 389; RJA. 8, 61). Ueber die Entscheidung des zweiten Falles, also des Falles, daß der zahlende Miteigentümer nur im eigenen Namen zahlt, herrscht Streit. Nach der herrschenden Lehre ist ein Unterschied zu machen, ob die Belastung auf den einzelnen Anteilen ruht oder ob das Grundstück einheitlich belastet ist. Haftet die Hypothek auf den einzelnen Anteilen, so soll nach dieser Ansicht der § 1173 BGB. entsprechend anwendbar sein. Der zahlende Miteigentümer würde hiernach die Hypothek in voller Höhe, aber grundsätzlich nur insoweit, als sie auf seinem Miteigentumsanteile lastet, und nur im Falle eines ihm gegen den andern Miteigentümer zustehenden Rückgriffsrecht auch insoweit erwerben, als die Hypothek auf dessen Anteile lastet (Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4.] 2, 331; v. Staudinger BGB. [5./6.] 3, 803 Anm. II 4c zu § 1163). Haftet die Hypothek dagegen einheitlich auf dem ganzen Grundstücke, so sollen nach der herrschenden Ansicht durch die von einem einzelnen Miteigentümer für sich allein geleistete Zahlung alle Miteigentümer die Hypothek erwerben, so daß nach § 420 BGB. jeder einen der Höhe seines Miteigentumsanteils entsprechenden realen Anteil an der Hypothek erwerben würde (Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten 1, 1110 Anm. 2 zu § 1173; v. Staudinger S. 834 Anm. V zu § 1173; Oberneck 2, 331).

Die von der herrschenden Meinung gemachte Unterscheidung zwischen der Belastung der einzelnen Miteigentumsanteile und der Belastung des ganzen Grundstücks läßt sich jedoch nicht halten. Denn es läßt sich kein Unterscheidungsmerkmal dafür finden, wann der eine und wann der andere Fall vorliegt. Insbesondere kann das entscheidende Gewicht nicht darauf gelegt werden, ob die Belastung der mehreren Anteile gleichzeitig oder nacheinander erfolgt. Dies nimmt die herrschende Lehre selbst nicht an (Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten 1, 1057 Anm. 1 u. 4 zu § 1132). Eine solche Annahme würde sich auch mit dem Reichsgericht in Widerspruch setzen, weil dieses selbst für den Fall, daß die Eintragung der Hypothek auf Grund gemeinschaftlicher Verfügung der Miteigentümer erfolgt, eine selbständige Belastung jedes einzelnen Anteils als entstanden ansieht (JW. 1910, 473 Nr. 12). Schließlich würde auch sachlich ein Unterschied zwischen der gleichzeitigen und der nach und nach erfolgenden Belastung nicht zu finden sein. Ob zwei Miteigentümer erklären: wir belasten das Grundstück mit einer Hypothek, oder ob jeder von ihnen in derselben Urkunde erklärt: ich belaste meinen Bruchteil mit der Hypothek, das kann auf den Inhalt der Hypothek nicht von Einfluß sein, denn beide Erklärungen besagen inhaltlich ein und dasselbe. Ist das aber richtig, so kann es auch keinen Unterschied ausmachen, ob die Eigentümer in der gleichen Urkunde oder in verschiedenen Urkunden ihre Anteile belasten. Durch jede dieser Erklärungen wird das Miteigentumsrecht des Erklärenden belastet. Es liegt also auch von dem Augenblick an, in dem sämtliche Bruchteile mit demselben Rechte belastet sind, weiter nichts als eine gleichartige Belastung aller Anteile vor (KGJ, 30 A, 258). Diese Auffassung stimmt, wie bemerkt, auch mit der des Reichsgerichts überein. Wenn das Reichsgericht trotzdem in dem angeführten Urteile die Meinung vertritt, daß durch die Belastung der sämtlichen Miteigentumsanteile mit derselben Hypothek keine Gesamthypothek entstehe, so ist daraus nicht zu folgern, daß nicht die eine oder die andere der für die Gesamthypothek gegebenen Vorschriften auf den Fall des Miteigentums entsprechende Anwendung finden dürfte. Dies gilt insbesondere für den § 1173 BGB., weil nur seine Anwendung eine befriedigende Entscheidung des Falles ermöglicht, daß einer der Miteigentümer für sich allein die auf allen Anteilen haftende Hypothek bezahlt. Denn es würde der Gerechtigkeit zuwiderlaufen und eine grundlose Bereicherung bedeuten, wenn die Zahlung, die ein Miteigentümer aus seinem eigenen Vermögen und im eigenen Namen macht, auch dem anderen Miteigentümer zugute käme. Dies Ergebnis würde dann noch befremdlicher sein, wenn dieser andere Miteigentümer im Verhältnisse der Miteigentümer untereinander der alleinige Verpflichtete wäre; er würde alsdann die ihm selbst obliegende Leistung teilweise selbst erhalten. Auch die Entstehungsgeschichte des § 1173 spricht zugunsten dieser Auffassung. Denn die Erwägungen, die die zweite Kommission des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt haben, dem zahlenden rückgriffsberechtigten Eigentümer eines von mehreren mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücken an Stelle eines schuldrechtlichen Ersatzanspruchs gegen den anderen Miteigentümer durch die Zuweisung der Hypothek an dessen Grundstück eine dingliche Sicherung zu gewähren (Protokoll 3, 624 ff.), treffen in gleicher Weise bei der Zahlung durch einen der mehreren Miteigentümern zu.

Es ist daher im Gegensatze zu den Vorinstanzen für den Fall, daß die

Hypothek durch einen Miteigentümer im eigenen Namen bezahlt wird, unterschiedslos anzunehmen, daß der zahlende Miteigentümer die Hypothek in voller Höhe auf seinen Anteil und im Falle des Bestehens eines Rückgriffsrechts auch auf dem Anteile des Rückgriffspflichtigen erwirbt.

Wird dieser Grundsatz auf den vorliegenden Fall angewendet, so ergibt sich folgendes:

Aus dem bisher beigebrachten Urkundenmaterial ist kein Anhalt dafür zu entnehmen, daß dem Ehemanne S. ein Rückgriffsrecht gegen seine Ehefrau zusteht. Ebensowenig ist aber aus der Urkunde vom 22. Mai 1911 mit Bestimmtheit zu ersehen, ob der Ehemann S. die Zahlung nur im eigenen Namen oder auch zugleich im Namen seiner Frau geleistet hat. Wären die Miteigentümer nicht Eheleute, so könnte vielleicht aus der Erklärung der Gläubigerin, daß S. die 242 M. bezahlt hat, entnommen werden, daß er lediglich im eigenen Namen gezahlt hat. Mit Rücksicht darauf aber, daß hier die beiden Miteigentümer Eheleute sind und es deshalb sehr wohl möglich ist, daß S. die Zahlung zugleich auch für seine Frau geleistet hat, bedarf es für den Grundbuchrichter eines Nachweises, daß S. lediglich im eigenen Namen gezahlt hat. Dieser Nachweis ist überdies schon deswegen erforderlich, weil das Pfandrecht der Antragstellerin erst dann eingetragen werden darf, wenn das Grundbuch durch Eintragung des gegenwärtigen Gläubigers der Hypothek berichtigt ist (§ 40 Abs. 1 GBO.). Das Kammergericht hat allerdings in ständiger Rechtsprechung den Eigentümer als den eventuell eingetragenen Gläubiger sämtlicher auf seinem Grundstück eingetragenen Hypotheken bezeichnet und aus diesem Grunde seine Eintragung als Gläubiger entbehrlich erklärt. Dies kann aber nur für den Fall gelten, daß sich aus der Eigentumseintragung das Gläubigerrecht ohne weiteres ergibt. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Denn aus der Eigentumseintragung könnte hier nur das Gläubigerrecht der beiden Miteigentümer, nicht aber die Rechtslage entnommen werden, die nach der Behauptung der Beschwerdeführerin hier vorliegt und die darin besteht, daß der Ehemann S. allein die Hypothek erworben habe. Ueberdies ist seit dem 17. Oktober 1911 der Ehemann S. nicht mehr Eigentümer, da er seinen Miteigentumsanteil seiner Frau durch Auflassung übertragen hat. Daß aber derjenige Eigentümerhypothekar, der nicht mehr Eigentümer ist, dem § 40 Abs. 1 GBO. untersteht, hat das Kammergericht seit der im KGJ. 38 A, 258 abgedruckten Entscheidung ständig angenommen.

Hiernach hätte das Grundbuchamt den Eintragungsantrag nicht zurückweisen, sondern den urkundlichen Nachweis, daß der Ehemann S. lediglich im eigenen Namen die Hypothek bezahlt habe, und die Herbeiführung der Eintragung des Ehemanns S. als Gläubiger der Hypothek verlangen müssen. Wird dieser Nachweis nicht erbracht, so ist davon auszugehen, daß der Ehemann S. für beide Miteigentümer bezahlt habe. Alsdann hätte er nach den obigen Ausführungen die Hypothek nur in Höhe von 121 M. erworben. In diesem Falle wäre entgegen der Auffassung des Landgerichts dem Eintragungsantrag in Höhe von 121 M. stattzugeben. Denn aus dem von dem Landgerichte herangezogenen Grundsatze, daß der Antrag sich mit der Bewilligung decken muß, folgt nicht, daß in denjenigen Fällen, in denen dem Antrage nicht eine Bewilligung, sondern ein vollstreckbarer Schuldtitel zugrunde liegt, der Antragsteller nicht die Eintragung eines geringeren Betrags als desjenigen, über

den der Schuldtitel lautet, herbeiführen könnte, oder daß der Antrag der Form des § 29 GBO. bedürfte. Dies ist vom Reichsgerichte bereits für die Eintragung von Zwangshypotheken anerkannt worden (RG. 71, 315) und ist auch für andere Fälle anzunehmen. Aber auch dann, wenn dem Pfandschuldner nur 121 M. zustehen, bedarf es nach den obigen Darlegungen der Eintragung des Ehemanns S. als Gläubiger der Teilhypothek.

Aus diesen Gründen sind die Vorentscheidungen aufzuheben.

Löschung einer auf dem Grundstück einer Gemeinde eingetragenen Eigentümerhypothek auf Antrag der durch Eingemeindung der Gemeinde geschlossenen neuen Einheitsgemeinde, ohne daß es der vorgängigen Eintragung der letzteren als Eigentümerin des belasteten Grundstücks bedarf.

§ 1163 BGB., §§ 40, 41 GBO.

Kammergericht Berlin, 9. Oktober 1911. — Bd. 11 S. 288.

Im Grundbuche von P. Bd. 4 Blatt Nr. 141 ist als Eigentümerin des dort verzeichneten Schulgrundstücks die Gemeinde P. und in Abteilung III Nr. 1 seit dem Jahre 1896 eine Darlehnshypothek von 10000 M. nebst Zinsen für den Rentner H. mit der Bestimmung eingetragen, daß an den Gläubiger jährlich eine Abschlagssumme von mindestens 500 M. gezahlt werden solle. In der notariell beglaubigten Urkunde vom 1. März 1911 hat der genannte Gläubiger bescheinigt, den Rest des von ihm der früheren (Schul-) Gemeinde P. gegebenen Darlehns zurückerhalten zu haben, und die Löschung der Hypothek im Grundbuche bewilligt. Auf Grund dieser Urkunde beantragte die Stadtgemeinde M. die Löschung der Hypothek. Das Grundbuchamt beanstandete den Löschungsantrag unter Bezugnahme auf § 40 GBO., weil sich die Stadtgemeinde M. zunächst als Eigentümerin des belasteten Grundstücks eintragen lassen müsse. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Die von der Beschwerdeführerin vertretene Annahme der rechtlichen Identität der früheren Landgemeinde P. mit der gegenwärtigen Stadtgemeinde M. ist allerdings abzulehnen. In § 1 des preuß. Gesetzes, betreffend Erweiterung des Stadtkreises M., vom 21. März 1910 ist bestimmt, daß die Landgemeinde P. mit dem 1. April 1910 von dem Landkreise J. abgetrennt und nach Maßgabe des zwischen ihr und der Stadtgemeinde M. abgeschlossenen Eingemeindungsvertrags der Stadtgemeinde M. einverleibt werde. Der so im Gesetz in Bezug genommene und dadurch selbst mit Gesetzeskraft ausgestattete Vereinigungsvertrag enthält im § 2 die Bestimmungen: „Das sämtliche Vermögen der Stadt M. und der Landgemeinde P. wird bei der kommunalen Vereinigung in Aktiven und Passiven zu einem Ganzen verschmolzen. Die erweiterte Stadtgemeinde tritt somit in alle privatrechtlichen Befugnisse und Verbindlichkeiten der Einzelgemeinden M. und P. als deren Rechtsnachfolgerin ein."

Durch diese Bestimmungen sind die privatrechtlichen Wirkungen der Eingemeindung in klarer Weise zur Darstellung gebracht. Das Wesen der Eingemeindung (§ 2 Abs. 3 der preuß. Städteordnung vom 30. Mai 1853)

besteht darin, daß zwei bisher selbständige Gemeinden — der Regel nach, wie hier, auf Grund eines zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrags — durch Verfügung der Staatsgewalt mit einander vereinigt werden; die beiden Gemeinden verlieren damit ihre besondere Existenz; ihre Rechte und Pflichten gehen auf den nunmehr einheitlichen Kommunalverband über. Dieser sich grundsätzlich auf dem Boden des Staatsrechts vollziehende Vorgang (RG. 67, 217) hat Folgeerscheinungen auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes. Denn die Gemeinden sind als öffentliche Körperschaften zugleich juristische Personen des bürgerlichen Rechtes. Da mit dem gänzlichen Wegfall eines Rechtssubjekts des öffentlichen Rechtes notwendigerweise auch dessen bürgerliche Rechtsfähigkeit aufhört und andererseits mit der Entstehung eines neuen Rechtssubjekts des öffentlichen Rechtes ohne weiteres dessen bürgerliche Rechtsfähigkeit beginnt, so gelangt mit dem rechtlichen Untergange der bisher selbständigen Gemeinden, hier der Stadtgemeinde M. und der Landgemeinde P., ein neues Rechtssubjekt nicht nur des öffentlichen, sondern auch des bürgerlichen Rechtes, hier die „erweiterte Stadtgemeinde" M., zur Entstehung, die auch in alle privatrechtlichen Rechte und Verbindlichkeiten der beiden bisherigen Einzelgemeinden eintritt. Dieser Vermögensübergang ist die notwendige privatrechtliche Folge des einheitlichen öffentlich-rechtlichen Eingemeindungsakts. Für die privatrechtliche Betrachtung liegt danach eine Art der Gesamtrechtsnachfolge vor. Denselben Standpunkt hat das Kammergericht in Uebereinstimmung mit dem bayerischen obersten Landesgericht für den Fall der Eingemeindung und für den umgekehrten Fall der Teilung einer Gemeinde in mehrere Einzelgemeinden eingenommen und in beiden Beschlüssen aus der Annahme der Gesamtrechtsnachfolge die Schlußfolgerung gezogen, daß zur Umschreibung von Gemeindegrundstücken auf die durch die Eingemeindung geschaffene neue Einheitsgemeinde oder die durch die Gemeindeteilung entstandenen neuen Einzelgemeinden Auflassung nicht erforderlich sei. An der dargelegten Auffassung des Rechtsverhältnisses ist festzuhalten. Die von Kohler (DJZ. 1911 S. 1262) unter Anführung eines Urteils des Appellationsgerichts in Zürich geäußerte Meinung, daß, wenn eine Gemeinde in einer anderen aufgehe oder aus einer Gemeinde mehrere würden, nicht an einen Untergang und eine Neuerstehung der Persönlichkeit, sondern an eine bloße Wandelung der Persönlichkeit zu denken sei — eine Wandelung, die alle der Persönlichkeit zukommenden Berechtigungen, soweit sie den Umständen nach weiterbestehen könnten, anstandslos weiterbestehen lasse —, beruht auf allgemeinen rechtsphilosophischen und rechtspolitischen Erwägungen, die in dem positiven Rechte nicht nur keinen Ausdruck gefunden haben, sondern mit den für die vorliegende Eingemeindung geltenden, oben wiedergegebenen Vorschriften über die „Rechtsnachfolge" der „erweiterten Stadtgemeinde in das Vermögen der Einzelgemeinden M. und P." unvereinbar sind.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich für die hier zu treffende Entscheidung, daß von der beantragten Löschung einer Hypothek die jetzige (erweiterte) Stadtgemeinde M. als die Inhaberin der durch die Zahlungen, soweit sie seit dem 1. April 1910, dem Tage der Eingemeindung, geleistet sind, von ihr unmittelbar, soweit sie vorher geleistet sind, von ihrer Rechtsvorgängerin, der Landgemeinde P., gemäß §§ 63, 64 des preuß. EEG. 5. Mai 1872, § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. erworbenen Eigentümerhypothek betroffen wird. Laut § 40 Abs. 1 GBO. soll eine Eintragung

nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Nach einem in der Rechtsprechung des Kammergerichts feststehenden Grundsatz ist der eingetragene Eigentümer auch als der eingetragene Inhaber der kraft Gesetzes entstandenen Eigentümerhypotheken anzusehen. Auf dem in Rede stehenden Grundbuchblatt ist aber nicht die gegenwärtige Berechtigte, sondern noch deren Rechtsvorgängerin, die Gemeinde P., als Eigentümerin eingetragen. Aus § 40 Abs. GBO. würde sich deshalb die von den Vorinstanzen der Beschwerdeführerin gemachte Auflage rechtfertigen, wenn nicht die im § 41 Abs. 1 GBO. vorgesehene Ausnahme zuträfe. Es fragt sich, ob diese Vorschrift ihrem Wortlaute gemäß auf den Fall der Beerbung des eingetragenen Berechtigten zu beschränken oder auf das erbähnliche Verhältnis, das an die Stelle einer untergehenden juristischen Person im Wege der Gesamtrechtsnachfolge eine neue juristische Person tritt, sinngemäß anzuwenden ist. Diese Frage ist gegen die in der Literatur herrschende Meinung im zweiten Sinne zu beantworten. Die Möglichkeit einer ausdehnenden Auslegung des § 41 GBO. wird durch seine Eigenschaft als Ausnahmevorschrift nicht ausgeschlossen. Eine Ausnahme kann allerdings nur innerhalb des Gebiets der Regelvorschrift angewendet werden. Die Grenzen der Anwendbarkeit innerhalb dieses Gebiets aber sind nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen festzustellen. Dabei gilt auch der Satz, daß nicht am Wortlaute des Gesetzes gehaftet, sondern der ihm zugrunde liegende Gedanken verwirklicht werden soll. Die Ausnahme reicht danach im Zweifel so weit, wie die aus dem Gesetz erkennbaren Gründe ihrer Zulassung (RG. 53, 300, 303).

Die als Regel im § 40 Abs. 1 GBO. vorgeschriebene Eintragung des Berechtigten, der eine grundbuchmäßige Verfügung über das eingetragene Recht treffen will, dient laut der Denkschrift zu § 38 Abs. 1 des Entwurfs einer Grundbuchordnung dem Zwecke, dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung zu erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen zu sichern, daß ungeachtet der nach § 891 BGB. mit der Eintragung verbundenen Vermutung ein anderer unbefugterweise über das Recht verfüge. Die Aufstellung der Ausnahmevorschrift in § 41 Abs. 1 beruht nach den Motiven zu § 869 des ersten Entwurfs BGB. (3, 317) und der Denkschrift zu § 39 des Entwurfs GBO. 15 auf den Erwägungen, daß theoretisch dem Erben vielleicht schon vermöge seines Eintritts in die Rechtsverhältnisse des Erblassers auch das durch dessen Eintragung begründete Verfügungsrecht zugeschrieben werden könnte, und daß sich die Eintragung des Erben jedenfalls vor der Umschreibung oder der Löschung des für den Erblasser eingetragenen Rechtes erübrige, weil sie hier weder zur Vereinfachung der Buchführung noch durch das Interesse Dritter geboten sei, den Erben vielmehr nur mit zwecklosen Kosten belasten würde.

Ob die Gründe der Denkschrift die Regel des § 40 Abs. 1 zu rechtfertigen vermögen, braucht hier nicht erörtert zu werden. Die in den Materialien für die Ausnahmebestimmung des § 41 Abs. 1 angeführten Gründe sind, wie auch das Reichsgericht (RG. 53, 303) bei Anwendung der Ausnahme auf den von dem Buchstaben des Gesetzes nicht getroffenen Erbeserben anerkannt hat (vgl. auch KGJ. 26 A, 96; 28 A, 285), überzeugend und dem Inhalte des Gesetzes selbst zu entnehmen. Diese Gründe treffen auch für den vorliegenden Fall der Gesamtrechtsnachfolge zu. Denn einerseits ist

auch die Beschwerdeführerin, wie ein Erbe in die Rechtsverhältnisse einer durch Tod weggefallenen natürlichen Person, in die Rechtsverhältnisse untergegangener juristischer Personen eingetreten. Anderseits kommt ein Schutz der eingetragenen Berechtigten, der Gemeinde P., gegen die Verfügungen Unbefugter hier nicht in Betracht, wo jene Gemeinde infolge eines gesetzlichen Vorganges, den zu kennen Amtspflicht des Grundbuchamts ist, zu existieren aufgehört hat. Die Legitimation der Beschwerdeführerin als Gesamtrechtsnachfolgerin der untergegangenen Gemeinde folgt aus demselben Gesetze. Die auf dieser Grundlage vorzunehmende Legitimationsprüfung würde, wenn der beantragten Löschung einer Eigentümerhypothek die Eintragung der gegenwärtigen Eigentümerin vorangehen müßte, bei dieser Gelegenheit in derselben Weise stattfinden müssen, wie sie jetzt stattfinden muß, wenn die Beschwerdeführerin vor der Löschung nicht erst eingetragen zu werden braucht. Die von den Vorinstanzen verlangte Eintragung gewährt dem Grundbuchrichter mithin keine Erleichterung, gibt auch keine größere Sicherheit für die Legitimation. Sie hat mit Bezug auf die hier allein in Betracht kommende Hypothek, da diese gelöscht werden soll, gar keinen Wert.

Aus alledem folgt, daß die von der Beschwerdeführerin beantragte und damit auch bewilligte Löschung der ausweislich der vorliegenden Quittung vorhandenen Eigentümerhypothek zu bewirken ist, ohne daß die Beschwerdeführerin als Grundstückseigentümerin eingetragen zu werden braucht.

Abtretung einer Briefhypothek durch einen Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten. Aushändigung einer schriftlichen Abtretungserklärung des Grundstückseigentümers über die von ihm auf die Hypothek geleisteten Amortisationsbeträge an den Grundstückserwerber ohne Uebergabe eines Teilbriefs als Einwilligung in die Verfügung des Erwerbers über die durch die Amortisationsleistungen für den bisherigen Eigentümer entstandene Eigentümergrundschuld; Zulässigkeit der Uebertragung des für den Erwerber begründeten Verfügungsrechts auf einen weiteren Erwerber des Grundstücks. Umwandlung der durch die Amortisationsleistungen der verschiedenen Eigentümer des Grundstücks entstandenen Eigentümergrundschulden in eine Hypothek zugunsten des früheren Hypothekengläubigers.

§§ 185, 398, 413, 1154, 1177, 1198 BGB.

Kammergericht Berlin, 23. Oktober 1911. — Bd. 11 S. 292.

Der frühere Eigentümer des Grundstücks M. Band I Blatt 8 Valentin S. hat in Abteilung III Nr. 10 seines Blattes am 28. Dezember 1887 für die Deutsche Hypothekenbank in M. eine Darlehnsbriefhypothek von 3000 M., rückzahlbar im Wege der Amortisation vom 1. Januar 1890 an binnen 53 Jahren, eintragen lassen. Er hat das Grundstück im Mai 1909 an Vinzent K. verkauft. Dieser hat die Bankhypothek als Selbstschuldner übernommen. Der Verkäufer hat die amortisierten Beträge — unter Angabe des Wertes der Abtretung auf 1200 M. — an den Käufer abgetreten. Die Eintragung des Käufers als Eigentümer ist im Juni 1909 erfolgt. Vinzent K. hat das Grundstück im November 1910 an Stanislaus J. weiter verkauft. Dieser hat die Bankhypothek als Selbstschuldner übernommen, gleichzeitig sind ihm durch den Verkäufer die amortisierten Beträge und der Anspruch auf Bildung und Aushändigung eines Grundschuldbriefs über diese Beträge abgetreten worden. Stanislaus J. ist im Dezember 1910 als Eigentümer eingetragen worden.

Die Hypothekengläubigerin hat in der notariell beglaubigten Urkunde vom 5. April 1911 anerkannt, daß auf das Darlehn bis zum 1. Januar 1911 durch Amortisation der Teilbetrag von 1292,47 M. zurückgezahlt worden ist. In der gleichen Urkunde hat der Eigentümer diesen Betrag mit den Zinsen seit dem 1. Januar 1911 unter Umwandlung in eine Hypothek an die Bank abgetreten und bekannt, den Gegenwert als neues Darlehn empfangen zu haben. Die Gläubigerin und der Eigentümer haben für dieses Darlehn neue Bedingungen vereinbart und die Eintragung des neuen Darlehns bewilligt und beantragt. Die Gläubigerin überreichte diese Urkunde nebst dem Hypothekenbriefe mit dem Antrag auf Erledigung der Anträge dem Grundbuchamte. Dieses verlangte durch Zwischenverfügung den Nachweis des Uebergangs der früher entstandenen Eigentümergrundschulden auf den jetzigen Eigentümer, insbesondere den Nachweis der Bildung und Uebergabe von Teilbriefen. Das Landgericht wies die Beschwerde der Bank zurück. Auf die weitere Beschwerde der Bank hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Das Reichsgericht hat (54, 362) für die Buchhypothek folgende zwei Grundsätze aufgestellt: „Erteilt der eingetragene Berechtigte einem anderen

die . . . Umschreibungsbewilligung, so steht nichts entgegen, daß er zugleich seine Zustimmung zu einer weiteren Verfügung des anderen erklärt und dadurch diesem ermöglicht, die weitere Verfügung wirksam vorzunehmen, ohne sich vorher durch seine Eintragung als . . . Gläubiger zum Berechtigten zu machen" und ferner: Wird eine Buchhypothek „in der erforderlichen Form von dem eingetragen Gläubiger einem anderen zum freien Eigentum abgetreten und ihre Umschreibung im Grundbuch auf den neuen Gläubiger bewilligt, so ist, wenn nicht etwas anderes erhellt oder nachgewiesen wird, in diesen Erklärungen auch die Einwilligung zu Verfügungen des neuen Gläubigers enthalten, die er vor der Umschreibung vornehmen wird". Diese beiden Grundsätze sind aus dem § 185 Abs. 1 BGB. hergeleitet. Danach ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn sie mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Diese Vorschrift ist auch auf Briefhypotheken anwendbar. Daraus folgt, daß auch die beiden erwähnten Grundsätze des Reichsgerichts der Uebertragung auf Briefhypotheken fähig sein müssen. Eine solche Uebertragung führt zu folgenden Ergebnissen.

Während die Abtretung der Buchhypothek die Erteilung einer Abtretungserklärung und die Eintragung im Grundbuch verlangt (§ 1154 Abs. 3 verb. mit § 873 Abs. 1 BGB.), ist zur Abtretung einer Briefhypothek die Erteilung der Abtretungserklärung in schriftlicher Form und die Uebergabe des Briefes erforderlich (§ 1154 Abs. 1 BGB.). Wenn also die Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. auf Buchhypotheken voraussetzt, daß nur die Erteilung der Abtretungserklärung, nicht aber die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist, so entspricht diesem Tatbestande bei der Briefhypothek der Fall, daß nur die Abtretungserklärung erteilt, nicht aber der Brief übergeben worden ist. Allerdings besteht zwischen den beiden Fällen ein Unterschied. In dem Falle der Buchhypothek hängt es, wenn dem Erwerber, wie das Reichsgericht voraussetzt, von dem bisherigen Gläubiger eine Umschreibungsbewilligung ausgehändigt worden ist, lediglich von dem Willen des Erwerbers ab, den Rechtserwerb zu vollenden; er braucht nur die Umschreibungsbewilligung dem Grundbuchamt einzureichen und gleichzeitig den Umschreibungsantrag zu stellen. In dem Falle der Briefhypothek besteht dagegen der zu dem Rechtserwerbe noch fehlende Akt in einer von dem Willen des Abtretenden abhängigen Handlung, der Briefübergabe. Dieser Umstand steht indessen einer Anwendung des § 185 Abs. 1 BGB. auf die Briefhypothek nicht grundsätzlich entgegen. Er ist vielmehr nur für die Beantwortung der Frage von Bedeutung, ob in der bloßen Erteilung der schriftlichen Abtretungserklärung eine Einwilligung des Hypothekengläubigers in eine Verfügung des nicht berechtigten Zessionars zu erblicken ist. Für diejenigen die Regel bildenden Fälle, in denen der Abtretende den Hypothekenbrief besitzt, wird diese Frage zu verneinen sein, wenn nicht besondere Umstände die gegenteilige Annahme rechtfertigen. Denn daraus, daß der Abtretende den Brief zurückbehält, wird im allgemeinen der Schluß zu ziehen sein, daß er mit einer Verfügung des Zessionars über die Hypothek nicht einverstanden ist. Wenigstens wird für den formellen Grundbuchverkehr mit der Möglichkeit einer solchen Rechtslage zu rechnen sein. Anders liegt der Fall aber dann, wenn der Abtretende den Brief selbst nicht besitzt. In diesem Falle wird, wenn nicht das Gegenteil erhellt, anzunehmen sein, daß der Abtretende mit der Aushändigung der Abtretungserklärung an den Zessionar diesem die Ein-

willigung zur Verfügung über die Hypothek erteilt. Gar keinem Bedenken unterliegt diese Auffassung in einem Falle, wo, wie hier, Gegenstand der Abtretung Amortisationsbeiträge sind, die bei einem Verkaufe des Grundstücks von dem Verkäufer an den Käufer abgetreten und durch den Kaufpreis mitabgegolten werden. In einem solchen Falle ist, namentlich wenn, wie hier, der Käufer die ganze Hypothek als Selbstschuldner übernimmt, der Wille des Abtretenden darauf gerichtet, daß alle mit der Hypothek zusammenhängenden Rechte und Pflichten auf den Käufer übergehen sollen. Daß der Abtretende hier in keinem Falle als Hypothekengläubiger eingetragen gewesen ist, ändert an der Rechtslage nichts, da der Uebergang des amortisierten Hypothekenteils auf den zahlenden Eigentümer kraft Gesetzes erfolgt und diese überdies nach der ständigen Rechtsprechung des Kammergerichts auf Grund seiner Eigentumseintragung auch als eingetragener Gläubiger der von ihm erworbenen Eigentümerhypotheken anzusehen ist.

Hiernach ist in Uebereinstimmung mit der weiteren Beschwerde anzunehmen, daß der Eigentümer S. das Recht zur Verfügung über die von ihm erworbene Eigentümergrundschuld auf den Eigentümer K. und dieser das Recht zur Verfügung über die von ihm erworbene Eigentümerteilgrundschuld auf den jetzigen Eigentümer J. übertragen hat. Daß in jedem einzelnen Falle eine Eigentümergrundschuld erworben worden ist, davon ist auf Grund der Urkunde vom 5. April 1911 in Verbindung mit § 4 der ursprünglichen Schuldurkunde vom 15. Dezember 1887 und der Uebernahme der Hypothek durch den jedesmaligen Erwerber als Selbstschuldner in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Kammergerichts in KGJ. 36 A, 256 auszugehen. Der gegenwärtige Eigentümer ist demgemäß außer über die von ihm selbst erworbene Eigentümerteilgrundschuld zu verfügen berechtigt. Eine gleiche Verfügungsbefugnis steht ihm hinsichtlich der von dem Eigentümer S. erworbenen Eigentümerteilgrundschuld dann zu, wenn eine Uebertragung des aus der Einwilligung des Berechtigten herzuleitenden Rechtes zur Verfügung zulässig und hier als erfolgt anzusehen ist. Beide Fragen sind zu bejahen. Daß K. nicht nur das Recht zur Verfügung über die von ihm selbst erworbene Eigentümerteilgrundschuld, sondern auch das ihm von dem Eigentümer S. übertragene Recht zur Verfügung über die S.sche Eigentümerteilgrundschuld auf den Eigentümer J. übertragen wollte, ist nach dem uneingeschränkten Inhalte seiner Abtretungserklärung anzunehmen. Auch die Zulässigkeit derartiger Uebertragungen ist nicht zu beanstanden. Wenn der § 185 Abs. 1 BGB. von Verfügungen spricht, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand mit Einwilligung des Berechtigten trifft, so ist damit nicht gemeint, daß der Nichtberechtigte in Vollmacht und im Namen des Berechtigten verfügt, vielmehr wird dem Nichtberechtigten das Recht eingeräumt, durch Rechtshandlungen, die er im eigenen Namen vornimmt, über das Recht des Einwilligenden zu verfügen (RG. 53, 274). Durch eine solche Verfügungsermächtigung wird dem Nichtberechtigten also eine eigene, bis zu einem gewissen Grade selbständige Machtstellung gewährt (Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung, 188). Aus dieser Machtstellung ergibt sich das Recht zur Verfügung über den fremden Gegenstand. Dieses Recht ist nach § 413 verb. mit § 398 BGB. übertragbar, denn das Gesetz schreibt nicht ein anderes vor und die im § 399 BGB. behandelten beiden Fälle sind nicht gegeben, weil die Uebertragung keine Veränderung des Inhalts des

Rechtes bewirkt und von einer Ausschließung der Uebertragung durch Vereinbarung hier keine Rede ist. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch die Erwägung, daß selbst die Vollmacht, also das Recht, in fremdem Namen über einen fremden Gegenstand zu verfügen, regelmäßig übertragbar ist.

Aus diesen Gründen ergibt sich, daß der gegenwärtige Grundstückseigentümer nicht nur kraft eigenen Rechtes über die von ihm erworbene Eigentümerteilgrundschuld, sondern auch kraft Verfügungsermächtigung über die von den Voreigentümern erworbenen Eigentümerteilgrundschulden verfügen darf. Er hat dieses Verfügungsrecht dadurch ausgeübt, daß er die sämtlichen Eigentümerteilgrundschulden an die ursprüngliche Hypothekengläubigerin abgetreten hat. Diese hat die Eigentümerteilgrundschulden erworben. Denn da sie im Besitze des Hypothekenbriefs über die ganze Post ist, so genügt nach § 1154 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 verb. mit § 1117 Abs. 1 Satz 2 und § 929 Satz 2 BGB. die bloße Einigung über die Abtretung, d. h. die Erteilung der Abtretungserklärung durch den Verfügungsberechtigten und die Annahme dieser Erklärung durch die neue Gläubigerin. Beides ist in der notariell beglaubigten Urkunde vom 5. April 1911 enthalten. Voraussetzung dieser Auffassung ist allerdings, daß in der Urkunde eine Abtretung der Grundschulden und eine sich erst hieran anschließende Umwandlung der Grundschulden in Hypotheken zu erblicken ist. Denn wenn die Umwandlung der Abtretung vorausgegangen oder gleichzeitig mit dieser erfolgt wäre, so würden von ihr die sämtlichen Grundstückseigentümer, die Teile der Hypothek bezahlt haben, betroffen werden. Es würde alsdann gemäß § 40 Abs. 1 GBO. der Eintragung der früheren Eigentümer als Grundschuldgläubiger bedürfen (KGJ. 36 A, 258). Diese Eintragung erübrigt sich jedoch nach der besonderen Lage des Falles. Das Kammergericht hat in dem Beschlusse vom 11. April 1910 (KGJ. 39 A, 240) ausgesprochen, daß der Eigentümer, der die ihm zustehende Grundschuld in einem Akte zur Sicherung wegen einer bestimmten persönlichen Forderung, also unter Umwandlung der Grundschuld in eine Hypothek abtritt, den Eintritt des neuen Gläubigers nicht ohne die Aenderung der Belastungsform wolle und daß es daher nicht angängig sei, die Erklärung in zwei selbständige Akte auseinanderzureißen. Diese Ansicht, bei der stehen zu bleiben ist, steht im vorliegenden Falle der Auffassung nicht entgegen, daß hier zunächst die Abtretung der Grundschulden und dann erst deren Umwandlung beabsichtigt und erklärt sei. Denn der vorliegende Fall unterscheidet sich von dem im KGJ. 39 A, 240 entschiedenen dadurch, daß hier nicht nur eine Erklärung des Eigentümers, sondern auch eine Erklärung der neuen Gläubigerin vorhanden ist. Es kann zweifelhaft sein, daß der Eigentümer und der Gläubiger befugt sind, in einer späteren Urkunde die Grundschuld in eine Hypothek umzuwandeln. Sie können also, anders als der Eigentümer, der die zweite Urkunde ohne Mitwirkung des Gläubigers nicht ausstellen kann, die beiden Erklärungen in zwei selbständige Akte zerlegen. Das gleiche gilt auch für den Fall, daß die beiden Akte in ein und derselben Urkunde vorgenommen werden. Im vorliegenden Falle hätten daher die Beteiligten erklären können: „Der Grundstückseigentümer tritt die durch Amortisation entstandenen Teilgrundschulden an die Deutsche Hypothekenbank ab. Der Grundstückseigentümer und die Hypothekenbank wandeln alsdann diese Grundschulden in eine Hypothek um.“ Mit dieser Genauigkeit ist freilich die Urkunde vom 5. April 1911 nicht abgefaßt.

Vielmehr scheint, da die Abtretungs- und die Umwandlungserklärung nur von dem Eigentümer aufgenommen ist, auf den ersten Blick der Fall ebenso zu liegen wie der im KGJ. 39 A, 240 entschiedene. Indessen darf dabei nicht übersehen werden, daß nicht nur die Abtretungserklärung, sondern auch die Umwandlungserklärung als ein Bestandteil der zwischen dem Eigentümer und der Hypothekenbank getroffenen Uebereinkunft aufgeführt ist. Wenn also der Eigentümer die Grundschulden abtritt, so hat gleichzeitig die Hypothekenbank diese Abtretung entgegengenommen, und wenn der Eigentümer die Grundschulden umwandelt, so hat gleichzeitig die Hypothekenbank dieser Umwandlung zugestimmt. Da ferner die Abtretungserklärung räumlich vor der Umwandlungserklärung steht, so ist die Auslegung gerechtfertigt, daß der Eigentümer zunächst die Grundschulden auf die Hypothekenbank übertragen hat und alsdann beide Beteiligte die Umwandlung vorgenommen haben. Hiernach hat die Hypothekenbank sämtliche Teilgrundschulden außerhalb des Grundbuchs erworben. Die zum Zwecke der Eintragung der Umwandlung nach § 40 Abs. 1 GBO. erforderliche Eintragung des Betroffenen hat also in der Eintragung der Hypothekenbank als der Berechtigten des kraft Gesetzes in eine Grundschuld verwandelten Teilbetrags von 1292,47 M. zu bestehen. An diese Eintragung hat sich die Eintragung der Umwandlung anzuschließen. Beide Eintragungen dürfen in einem Vermerke zusammengefaßt werden.

Rangverhältnis unter den Hypotheken, welche gleichzeitig einer nachstehenden Hypothek den Vorrang einräumen.

§ 880 BGB.

Kammergericht Berlin, 27. November 1911. — Bd. 11 S. 297.

Auf dem Grundstücke Bd. 34 Blatt Nr. 1064 ist am 13. Oktober 1911 in der III. Abteilung unter Nr. 12 eine Briefhypothek von 100 000 M. für die B.sche Handelsbank Aktiengesellschaft und gleichzeitig bei der in Abteilung III Nr. 6 und 11[11] für die Frau P. eingetragenen Hypothek von 50 000 M. bei der in Abteilung III Nr. 9 und 11[9] für den Fabrikbesitzer G. eingetragenen Hypothek von 500 000 M. der Vorrang für die Hypothek von 100 000 M. eingetragen worden. In den diesen Eintragungen zugrunde liegenden Urkunden haben die zurücktretenden Gläubiger mit der Erklärung, daß die Rangordnung ihrer beiden Hypotheken untereinander die bisherige bleiben, die Hypothek von 50 000 M. also vor der Hypothek von 500 000 M. stehen solle, die Eintragung dieser Rangordnung bewilligt und beantragt.

Der Notar H. beantragte gleichzeitig mit der Eintragung der Hypothek von 100 000 M. auch die Eintragung des Rangverhältnisses der beiden zurücktretenden Hypotheken untereinander bei dem Grundbuchamte. Dieses lehnte den Antrag ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Landgericht zurück. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt, und zwar aus folgenden Gründen:

Auf dem Blatte des belasteten Grundstücks sind in der III. Abteilung folgende Hypotheken, sämtlich auf dem ganzen Grundstück haftend, eingetragen:

Nr. 6 (11[11]): 50 000 M. für Frau P.,
Nr. 9 (11[9]): 500 000 M. für G.,
Nr. 10 (11[10]): 550 000 M. für die B.sche Handelsbank,
Nr. 12: 100 000 M. für die B.sche Handelsbank.

Die Posten Nr. 6 und 9 haben den Posten Nr. 10 und 12 den Vorrang eingeräumt. Die Vorrangseinräumungen sind eingetragen. Hier handelt es sich um die Vorrangsänderung zwischen den Posten 6, 9 und 12. Die Urkunde, in der die Gläubigerin der Post Nr. 6 und die Urkunde, in der der Gläubiger der Post Nr. 9 der Post Nr. 12 den Vorrang eingeräumt hat, sind zu gleicher Zeit dem Grundbuchamte zugegangen; dieses hat auch an demselben Tage die beiden Vorrangseinräumungen eingetragen.

Die hier zu beantwortende Frage ist die, ob durch diese gleichzeitige Vornahme der beiden Vorrangseinräumungen das bisherige Rangverhältnis der Posten Nr. 6 und 9 untereinander, d. h. der Vorrang der Post Nr. 6 vor der Post Nr. 9 geändert worden ist. Diese Frage ist zu verneinen.

Das Reichsgericht hat für den Fall, daß sämtliche Hypotheken eines Grundstücks der letzten Hypothek den Vorrang eingeräumt haben, die Aufrechterhaltung des bisherigen Rangverhältnisses der zurücktretenden Hypotheken untereinander angenommen (RG. 64, 100). Wenn das Reichsgericht eine andere Auffassung da für zulässig und geboten hält, „wo nicht die Gläubiger aller einer Hypothek vorgehenden Hypotheken der nachstehenden den Vorrang vor der ihrigen eingeräumt haben und wo der Betrag der an erster Stelle stehenden Hypothek, vor der allein der nachstehenden der Vorrang eingeräumt worden ist, denjenigen der vortretenden nicht erreicht“ (S. 106), so kommt diese Ansicht hier nicht in Betracht, weil der vorausgesetzte Fall hier nicht vorliegt. Das Kammergericht hat für den umgekehrten Fall, also für den Fall, daß eine vorstehende Hypothek mehreren nachstehenden Hypotheken gleichzeitig den Vorrang einräumt, die Meinung vertreten, daß in Höhe der zurücktretenden Post die vortretenden Posten nach Verhältnis ihrer Beträge zu gleichem Range stehen (RJA. 1, 128); dieser Ansicht haben sich Planck, von Staudinger, Oberneck, der Kommentar von Reichsgerichtsräten, Neumann, Wege in IheringJ. 51, 48 ff. und Fuchs daselbst S. 470 ff. angeschlossen; für unrichtig wird diese Ansicht von Goldmann-Lilienthal (BGB. 2, 252 Anm. 86 a. E.) und von Laué (GruchotsBeitr. 55, 234 ff.) erklärt. Das Landgericht III in Berlin hat die Ansicht des Kammergerichts auch auf den — hier gegebenen — Fall übertragen, daß mehrere Hypotheken gleichzeitig einer nachstehenden Hypothek den Vorrang einräumen (KGBl. 1910 S. 67); es hat daher angenommen, daß die zurücktretenden Hypotheken zu gleichem Range in die Stelle der vortretenden Post einrückten. Diese Auffassung, die auch von Wege und Kretschmar (Recht 1904, 518) geteilt wird, wird lediglich damit begründet, daß es nach dem Grundsatze des Stellenaustauschs so anzusehen ist, als ob die zurücktretenden Posten unter der Nummer der vortretenden Post eingetragen wären.

Zunächst ist es zweifelhaft, ob eine solche Annahme rechtlich haltbar ist. Stellt man sich, wie es das Reichsgericht anscheinend tut, auf den Standpunkt, daß die vortretende Post mit ihrer Rangstelle vor die zurücktretenden Posten tritt, so werden diese mit ihren Rangstellen zurückgedrängt; sie treten alsdann nicht in die Rangstelle der vortretenden Post ein. Nimmt man dagegen an, daß die vortretende Post in die Rangstelle der zurücktretenden Posten einrückt, so ist die Auffassung, daß die zurücktretenden Posten als unter der Nummer der vortretenden Post eingetragen anzusehen wären, nur für den Fall zu verwerten, daß die vortretende Post ebenso groß oder größer ist als die Summe

der zurücktretenden Posten. Dies läßt gerade der vorliegende Fall erkennen. Infolge der Vorrangseinräumung ist die Post Nr. 12 zunächst in Höhe von 50 000 M. in die Rangstelle der Post Nr. 6 eingetreten. Da die Post Nr. 12 aber 100 000 M. beträgt, so wird von ihr auch noch die Rangstelle der Post Nr. 9 in Höhe der ersten 50 000 M. ausgefüllt. Für die Posten Nr. 6 und 9 bleiben demnach die Rangstelle der Post Nr. 9 in Höhe von 450 000 M. und die Rangstelle der Post Nr. 12 übrig. Die Posten Nr. 6 und 9 können also nur teilweise als unter der Nr. 12 eingetragen angesehen werden. Wie sie innerhalb der Rangstelle der Post Nr. 9 zueinander stehen, darauf bleibt die Auffassung des Landgerichts III in Berlin die Antwort schuldig. Entscheidet man sich dagegen für die Aufrechterhaltung des bisherigen Rangverhältnisses, so ist die Rechtslage ohne weiteres klar. Alsdann wird nämlich der durch die Post Nr. 12 nicht eingenommene Teil der Rangstelle der Post Nr. 9 in Höhe von 450 000 M. durch die Post Nr. 6 mit dem Vorrange vor dem Rest ausgefüllt; der Rest der Rangstelle der Post Nr. 9 in Höhe von 400 000 M. und die gesamte Rangstelle der Post Nr. 12 bleibt für die Post Nr. 9.

Soweit aber auch nach den vorstehenden Ausführungen die Möglichkeit besteht, die zurücktretenden Posten als unter der Nummer der vortretenden Post eingetragen anzusehen, ist es keineswegs notwendig, den zurücktretenden Posten untereinander gleichen Rang zuzuweisen. Denn mehrere unter einer Nummer eingetragene Posten können, wie sich aus § 1151 BGB. ergibt, verschiedenen Rang untereinander haben. Die zurücktretenden Berechtigten können demnach zweifellos vereinbaren, daß ihre beiden Posten ihr bisheriges Rangverhältnis untereinander beibehalten sollen. Weiterhin ist aber auch die Annahme gerechtfertigt, daß die Beibehaltung des bisherigen Rangverhältnisses als gewollt anzusehen ist, wenn die Beteiligten nicht das Gegenteil vereinbaren oder aus den sonstigen Umständen das Gegenteil als vereinbart zu entnehmen ist. Dies folgt daraus, daß eine gesetzliche Vermutung dafür, daß durch eine gleichzeitige Vorrangseinräumung zugleich das Rangverhältnis der zurücktretenden Posten untereinander geändert wird, nicht besteht und daß ein so einschneidender Akt, wie es die Rangänderung ist, besonderer Vereinbarung bedarf. Auf dem gleichen Standpunkt stehen außer dem Reichsgericht (a. a. O.; s. ferner Recht 1909 Nr. 838) auch das Oberlandesgericht Dresden (OLGRspr. 12, 278) sowie der Kommentar von Reichsgerichtsräten, Oberneck, Turnau-Förster, Goldmann-Lilienthal, Fuchs, Laué und Wilisch (Recht 1904 S. 625). Ob auf Grund der gleichen Erwägungen auch die im KGJ. 20 A, 181 vertretene Ansicht aufzugeben ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

Ist hiernach in einer gleichzeitigen Vorrangseinräumung ohne besondere Vereinbarung eine Aenderung des Rangverhältnisses der zurücktretenden Posten untereinander nicht zu erblicken, so kann auch der gleichzeitigen Eintragung der beiden Vorrangseinräumungen nicht die Wirkung einer solchen Aenderung beigelegt werden. Die zurücktretenden Posten behalten demnach untereinander ihr bisheriges Rangverhältnis, bis dieses gemäß § 880 BGB. durch Einigung und Eintragung geändert wird. Hieraus folgt, daß es zur Aufrechterhaltung des bisherigen Rangverhältnisses einer besonderen Eintragung nicht bedarf; daß das bisherige Rangverhältnis bestehen geblieben ist, ergibt sich zweifelsfrei aus den bisherigen Eintragungen in Verbindung mit dem Fehlen einer das

Rangverhältnis der zurücktretenden Posten untereinander ändernden Eintragung. Die hier beantragte Eintragung ist daher überflüssig; das Grundbuch läßt die Rechtslage ersehen, die der ausdrücklichen Vereinbarung der Beteiligten entspricht.

Auflassung eines Nachlaßgrundstücks durch den von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreiten Vorerben. Unzulässigkeit der Löschung des Rechts der Nacherben ohne ihre Zustimmung, auch wenn der Vorerbe über das Grundstück gegen Entgelt verfügt hat (vergl. 11, 123).

§§ 2113, 2136 BGB., §§ 22, 52 GBO.

Oberstes Landesgericht München, 1. Dezember 1911. — Bd. 11 S. 300.

Im Grundbuche für H. ist als Eigentümerin des Grundstücks Pl. Nr. 2734 die Rosina St. und in der Abteilung II das Recht der Abkömmlinge des August St. als Nacherben eingetragen und zugleich bemerkt, daß Rosina St. als Vorerbin über den Nachlaß frei verfügen könne. Mit der Urkunde vom 18. Oktober 1911 hat Rosina St. das Grundstück an den Lehrer D. für 150 M. verkauft. In der Urkunde wird von der Verkäuferin der Empfang des Kaufpreises bestätigt, von den Vertragschließenden die Auflassung erklärt und die Eintragung des Käufers in das Grundbuch bewilligt und beantragt. Am Schlusse der Urkunde beantragen die Verkäuferin und der Käufer die Berichtigung des Grundbuchs dahin, daß gleichzeitig beim Vollzuge der Auflassung das Recht der Nacherben gelöscht werde.

Das Grundbuchamt hat den Vollzug der Urkunde abgelehnt, da die Löschung des Rechtes der Nacherben mangels des Nachweises der Entgeltlichkeit der Verfügung nicht erfolgen könne, die Auflassung aber nur gleichzeitig mit der Löschung des Rechts der Nacherben vollzogen werden solle.

Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgericht unter Bezugnahme auf den Beschluß des Reichsgerichts vom 23. Februar 1907 (RJA. 8, 219) als unbegründet zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das oberste Landesgericht München den Erfolg versagt.

In den Gründen wird ausgeführt:

Der Grundbuchrichter hat auch im Falle der Verfügung eines befreiten Vorerben, wenn sie die Uebertragung eines eingetragenen Rechtes, das zur Erbschaft gehört, zum Gegenstande hat und nicht ihre Entgeltlichkeit feststeht, die Rechtsänderung nur dann einzutragen, wenn entweder vorher die Eintragung des Vorerben und des Rechtes der Nacherben und der Befreiung des Vorerben erfolgt ist oder der Nacherbe seine Zustimmung erklärt. Ist das Recht des Nacherben gemäß § 52 GBO. eingetragen, dann ist er — abgesehen von dem Falle der Löschung eines eingetragenen Rechtes (RG. 65, 214) — gegen Verfügungen des Vorerben, die nach § 2136 und § 2113 Abs. 2 BGB. unwirksam sein könnten und unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs stehen, gegenüber jedem Rechtsnachfolger genügend geschützt, der Grundbuchrichter aber ist der Entscheidung darüber, ob nicht etwa Rechte des Nacherben durch die Verfügung geschädigt werden könnten, enthoben (RG. 61, 228; 65, 214; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht [4.], 2, 613; Fuchs-Arnheim, Grundbuchrecht 2, 547). Die Verkäuferin ist als Vorerbin eingetragen,

zugleich ist die Eintragung des Rechtes der Nacherben und der Befreiung der Vorerbin in gehöriger Weise in der 2. Abteilung (Meikel, GBO. 334 Anm. 7a zu § 52) erfolgt. Wäre daher im vorliegenden Falle nur die Eintragung der Auflassung an den Käufer beantragt, so müßten die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und müßte das Grundbuchamt angewiesen werden, anderweit zu verfügen.

Die Verkäuferin und der Käufer haben aber auch die Berichtigung des Grundbuchs dahin beantragt, daß das Recht der Nacherben gelöscht werde. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Recht zurückgewiesen. Die Eintragung des Rechtes der Nacherben und der Befreiung der Vorerben ist bei der Eintragung der Vorerbin zufolge der zwingenden Vorschrift des § 52 GBO. erfolgt. Das Grundbuch würde unrichtig werden, wenn bei der Eintragung der Vorerbin die Vormerkung des Rechtes der Nacherben unterbliebe, da dann das Grundbuch den Vorerben als unbeschränkt Berechtigten auswiese, während dieser in Wirklichkeit durch die Nacherbfolge in seiner Verfügung beschränkt ist (RG. 61, 232; Motive 5, 112; Denkschrift zu dem Entwurf 270). Es kann somit keine Rede davon sein, daß eine Berichtigung des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO. durch die Löschung des Rechtes der Nacherben herbeigeführt würde. Abgesehen von dem Falle der Berichtigung bedarf es aber nach § 19 GBO. der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der beantragten Eintragung betroffen wird. Die Nacherben, zu deren Gunsten ihre Eintragung als Verfügungsbeschränkung der Vorerbin erfolgt ist, haben die Löschung nicht bewilligt, das Grundbuchamt konnte daher die beantragte Löschung nicht vollziehen.

In dem Kaufvertrag ist beantragt, daß die Löschung gleichzeitig mit dem Vollzuge der Auflassung erfolgen solle. Da dem zweiten Antrage nicht stattgegeben werden konnte und der erste Antrag ohne den zweiten bestimmungsgemäß nicht vollzogen werden sollte, mußte der Vollzug der Urkunde in beiden Richtungen abgelehnt werden.

Befriedigung des Gläubigers einer Gesamthypothek aus einem mitverhafteten Grundstücke, dessen Eigentümer nicht zugleich persönlicher Schuldner ist. Erlöschen der Gesamthypothek an diesem Grundstücke; Uebergang der persönlichen Forderung und der auf den mitbelasteten Grundstücken eingetragenen Gesamthypothek auf den Eigentümer des Grundstücks, aus dem die Befriedigung erfolgt ist.

§§ 362, 1113, 1143, 1173, 1181, 1182, 1247 BGB.

Kammergericht Berlin, 11. Dezember 1911. Bd. 11 S. 302.

Im März 1896 ist eine Gesamtbriefhypothek von 500 M. für die Geschwister L. auf den Blättern der Grundstücke von B. Blatt 136, 154, 240 und 300 in Abteilung III Nr. 5, 7, 7 und 3 eingetragen worden. Eigentümer dieser Grundstücke war zur Zeit der Eintragung Wilhelm L.; er hat die Hypothek für eine persönliche Schuld bestellt. Im Dezember 1896 hat L. sämtliche Grundstücke an S. verkauft, der die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat. Im März 1901 verkaufte S. die Grundstücke Blatt Nr. 136 und 154 an M., der die L.sche Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm. Im Dezember 1901 verkaufte S.

weiter die Grundstücke Blatt 240 und 300 an U. Dieser übernahm die L.sche Hypothek nicht.

Die Grundstücke des U. gerieten 1902 in Zwangsversteigerung. In dieser kam die L.sche Hypothek in voller Höhe zur Hebung und wurde nebst Zinsen und Kosten an die Gläubiger bezahlt. Die Hypothek wurde infolgedessen im Grundbuche von B. Blatt 240 und 300 gelöscht; auf den Blättern 136 und 154 wurde in der Spalte Veränderungen das Erlöschen der Mithaft der Grundstücke Blatt 240 und 300 vermerkt.

In einer notariellen Urkunde vom 10. September 1909 erklärte U. folgendes:

Die Forderung ist auf mich übergegangen. Ich trete diese Forderung mit den Zinsen seit dem 30. Juni 1902 an die Provinzialfeuersozietät zu P. ab und bewillige und beantrage, daß die Hypothek, welche jetzt noch im Grundbuche von B. Blatt 136 und Blatt 154 in Abteilung III unter 5 bezw. 7 eingetragen ist, auf den Namen der neuen Gläubigerin umgeschrieben werde, daß ihr auch der Hypothekenbrief direkt vom Grundbuchamt ausgehändigt wird.

Der Notar überreichte diese Urkunde nebst dem Hypothekenbriefe dem Grundbuchamte. Dieses lehnte den Antrag ab. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde von dem Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Zu Unrecht haben die Vorinstanzen die Anwendbarkeit des § 1182 BGB. auf den vorliegenden Fall verneint. Die Voraussetzungen des § 1182 sind sämtlich gegeben. Dies ist hinsichtlich der ersten beiden Voraussetzungen zweifellos. Denn es liegt eine Gesamthypothek vor und diese ist aus zwei der belasteten Grundstücke, d. h. aus den Grundstücken Blatt 240 und 300 im Wege der Zwangsversteigerung befriedigt worden. Es fragt sich daher nur, ob derjenige, der zur Zeit der Befriedigung Eigentümer jener beiden Grundstücke gewesen ist, d. h. U. von dem damaligen Eigentümer M. der beiden anderen Grundstücke, also der Grundstücke Blatt 136 und 154, oder einem Rechtsvorgänger dieses Eigentümers Ersatz verlangen kann. Auch diese Frage ist aber zu bejahen. Das Rechtsverhältnis zwischen S., M. und U. ist zur Zeit der Zwangsversteigerung der U.schen Grundstücke folgendes gewesen: Persönliche Schuldner der durch die Gesamthypothek gesicherten Forderung der Geschwister L. waren entweder S. oder M. Denn S. war durch die im Jahre 1896 erfolgte Uebernahme der Hypothek auf den Kaufpreis nach dem damals in Geltung gewesenen § 41 Abs. 1 Ges. ü. d. Eigentumserwerb vom 5. Mai 1872 persönlicher Schuldner der Forderung geworden und war es geblieben, falls für die im Jahre 1901 durch M. erfolgte Uebernahme der Forderung auf den Kaufpreis die Voraussetzungen des § 416 BGB. nicht erfüllt worden sind. Andernfalls war durch die im Jahre 1901 erfolgte Uebernahme der Forderung M. persönlicher Schuldner geworden. Dagegen ist U. niemals persönlicher Schuldner der L.schen Forderung geworden, da er diese bei dem Erwerbe der Grundstücke Blatt 240 und 300 nicht in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hatte. U. ist daher zur Zeit der Zwangsversteigerung seiner beiden Grundstücke zwar dinglicher Schuldner der L.schen Hypothek, nicht aber persönlicher

Schuldner der L.schen Forderung gewesen. Bei dieser Rechtslage hat die im Wege der Zwangsversteigerung der beiden U.schen Grundstücke geschehene Befriedigung der Geschwister L. zwar nach § 1181 Abs. 1 BGB. das Erlöschen des dinglichen Hypothekenrechts, nicht aber das Erlöschen der persönlichen Forderung zur Folge. Die Forderung wechselte vielmehr nur die Person des Gläubigers, indem U., aus dessen Vermögen die Hypothek befriedigt worden war, an die Stelle der Geschwister L. trat. Diese Annahme wird durch folgende Erwägungen gerechtfertigt: Der § 1181 Abs. 1 BGB. spricht nur von dem Erlöschen der „Hypothek", also des dinglichen Rechtes. Ist der Eigentümer, aus dessen Grundstücke die Befriedigung geschieht, auch persönlicher Schuldner, so bedeutet die Befriedigung der Hypothek zugleich die Bewirkung der geschuldeten Leistung an den Gläubiger der Forderung, und das hat nach § 362 Abs. 1 BGB. das Erlöschen des persönlichen Schuldverhältnisses zur Folge. Ist dagegen der Eigentümer, aus dessen Grundstücke die Hypothek befriedigt ist, nicht zugleich persönlicher Schuldner, so erhält der Gläubiger zwar gleichfalls mit der Befriedigung der Hypothek die ihm aus dem persönlichen Schuldverhältnisse geschuldete Leistung, weil sowohl die Hypothek wie die Forderung auf die Bezahlung der gleichen Geldsumme gerichtet ist (§ 1113 Abs. 1 BGB.). Trotzdem ist in diesem Falle der schuldrechtliche Grundsatz des § 362 Abs. 1 nicht anwendbar. Vielmehr tritt an seine Stelle der aus dem § 1143 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu entnehmende sachenrechtliche Grundsatz, daß die mit einer Hypothek verbundene Forderung nicht erlischt, sondern unter Beseitigung des dem Hypothekengläubiger zustehenden Gläubigerrechts auf den befriedigenden Eigentümer übergeht. Der § 1143 BGB. kann allerdings eine unmittelbare Anwendung nicht finden. Denn er bezieht sich seinem Wortlaute nach nur auf den Fall der freiwilligen Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer. Auch würde sonst die Vorschrift seines zweiten Absatzes für den Fall der Befriedigung durch Zwangsversteigerung Geltung gewinnen. Das aber ist ausgeschlossen, weil er danach heranzuziehende § 1173 BGB. dem einen Gesamthypothekengläubiger befriedigenden Eigentümer die Hypothek an seinem Grundstücke zuweist und die Hypothek an den anderen Grundstücken regelmäßig erlöschen läßt, während nach den §§ 1181, 1182 BGB. im Falle der Befriedigung durch Zwangsversteigerung gerade umgekehrt die Hypothek an dem Grundstücke des befriedigenden Eigentümers stets erlischt und nur der Erwerb der Hypothek an den anderen Grundstücken in Frage kommt. Dagegen steht einer entsprechenden Anwendung des im § 1143 Abs. 1 Satz 1 enthaltenen sachenrechtlichen Grundsatzes nichts entgegen. Denn soweit die persönliche Forderung in Frage kommt, besteht zwischen der freiwilligen und der im Wege der Zwangsversteigerung bewirkten Befriedigung des Gläubigers kein Unterschied. Dafür spricht auch der § 1247 BGB. Denn er gibt für den dem vorliegenden Falle entsprechenden Fall, daß aus der Versteigerung einer beweglichen Pfandsache der Pfandgläubiger befriedigt wird, die Bestimmung, daß „die Forderung als von dem Eigentümer berichtigt" gelte. Eine Bestimmung gleichen Inhalts erkannte die zweite Kommission auch für den Fall des § 1088 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (jetzt § 1181 BGB.) gemäß § 1051 des Entwurfs (jetzt § 1143 BGB.) als sachlich richtig an. Sie überließ es jedoch der Prüfung der Redaktionskommission, ob „der Gedanke mit Rücksicht auf den entsprechenden Satz bei dem Pfandrecht an be-

weglichen Sachen (§ 1154 Satz 1 des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, jetzt § 1247 Satz 1 BGB.) im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen sei" (Protokolle 6, 257 Nr. VIII). Die Redaktionskommission hat eine ausdrückliche Bestimmung offenbar für entbehrlich gehalten. Aus diesen Gründen ist anzunehmen, daß auf den Eigentümer, aus dessen Grundstücke eine Hypothek im Wege der Zwangsversteigerung befriedigt wird, die persönliche Forderung dann übergeht, wenn er nicht der persönliche Schuldner ist. Auf dem gleichen Standpunkte steht auch fast durchgehends die Rechtslehre.

Da U., wie bereits dargelegt, nicht persönlicher Schuldner der L.schen Forderung gewesen ist, so hat er diese dadurch erworben, daß die L.sche Hypothek aus seinen Grundstücken Nr. 240 und 300 im Wege der Zwangsversteigerung befriedigt worden ist. Die Hypothek an den beiden versteigerten Grundstücken ist nach § 1181 Abs. 2 BGB. erloschen. Dagegen ist mit der Forderung auch die Hypothek an den beiden nicht versteigerten Grundstücken 136 und 154 auf U. übergegangen; denn da U. auf Grund des Erwerbes der L.schen Forderung die aus seinen beiden Grundstücken bezahlten 500 M. nebst Zinsen von dem persönlichen Schuldner der Forderung zurückverlangen kann, so hat er gegen diesen eine Ersatzforderung. Die Ersatzforderung richtet sich ferner auch gegen denjenigen, der zur Zeit der Befriedigung der Geschwister L. aus den Grundstücken Blatt 240 und 300 Eigentümer der beiden anderen nicht versteigerten Grundstücke Blatt 136 und 154 gewesen ist, d. h. M. oder dessen Rechtsvorgänger im Eigentume dieser Grundstücke, d. h. S. Denn die Ersatzforderung richtet sich, wie bemerkt, gegen den persönlichen Schuldner der L.schen Forderung, persönliche Schuldner dieser Forderung sind aber nach den obigen Ausführungen entweder M. oder S. gewesen.

Es mag sein, daß der Gesetzgeber bei dem § 1182 an den Fall nicht gedacht hat, daß der Eigentümer, aus dessen Grundstücke die Gesamthypothek befriedigt wird, die persönliche Forderung des Gesamthypothekengläubigers erwirbt. Indessen kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Gesetz, wenn es den Hypothekenübergang im Falle des Erwerbes einer Ersatzforderung im engeren Sinne eintreten läßt, diese Wirkung auch für den Fall gewollt hat, in dem der befriedigende Eigentümer die ursprügliche Forderung selbst erwirbt. U. hat demnach durch die zwangsweise Befriedigung der Gesamthypothek aus seinen Grundstücken die Hypothek an den Grundstücken Blatt 136 und 154 erlangt. Die Hypothek ist mit der bisherigen Forderung verbunden geblieben. Es ist allerdings in der Rechtslehre streitig, ob im Falle des § 1182 die Ersatzhypothek mit der ursprünglichen Forderung verbunden bleibt oder sich mit der Ersatzforderung verbindet oder zur Grundschuld wird. Die dritte Ansicht ist in einem Falle, wo der befriedigende Eigentümer auch die Forderung erwirbt, nach § 1177 BGB. zweifellos unrichtig. Welche von den beiden anderen Ansichten aber den Vorzug verdient, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn da hier die ursprüngliche Forderung selbst die Ersatzforderung bildet, entspricht ihre Verbindung mit der Hypothek jeder der beiden Ansichten.

Gegen dieses Ergebnis ist auch aus dem vom Grundbuchamte herangezogenen Satz 2 des § 1182 kein Hindernis herzuleiten. Denn diese Vorschrift bezieht sich nur auf solche der Gesamthypothek im Range gleich- oder nachstehenden Rechte, die vor der zwangsweisen Befriedigung der Gesamthypothek

eingetragen worden sind und derartige Rechte sind hier nicht vorhanden. Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob der § 1182 Satz 2 überhaupt der Eintragung ohne gleichzeitige Vermerkung des Ranges entgegenstehen würde.

Irrig ist ferner die Auffassung des Landgerichts, daß der § 40 GBO. der begehrten Eintragung hinderlich sei. Wie im RJA. 9, 227 ausgeführt ist, gilt der § 40 dann nicht, wenn der Uebergang der Briefhypothek auf den neuen Gläubiger, dessen Eintragung beantragt ist, bereits außerhalb des Grundbuchs erfolgt ist. In dieser Entscheidung ist ferner dargelegt, daß die gemäß § 26 GBO. ausgestellte einseitige Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers zum Nachweise der geschehenen Uebertragung, also zum Nachweise der Annahme der Abtretung durch den Zessionar und der Briefübergabe oder einer dieser gleichstehenden Vereinbarung ausreicht. Im vorliegenden Falle ist also durch die Abtretungsurkunde des U. vom 10. September 1909 für das Grundbuchverfahren nachgewiesen, daß die Provinzialfeuersozietät in P. die Hypothek bereits außerhalb des Grundbuchs erworben hat. Eine Eintragung des U. als des Berechtigten kommt also nicht mehr in Frage.

Pflicht des Grundbuchamts, eine Eintragung in das Grundbuch dem Bevollmächtigten des Berechtigten statt diesem bekannt zu machen, wenn der Bevollmächtigte dies vor Mitteilung der Bekanntmachung an den Berechtigten verlangt und er auf Grund seiner Vollmacht ermächtigt ist, eine solche Bestimmung zu treffen.

§ 55 GBO.

Kammergericht Berlin, 30. Dezember 1911. — Bd. 11 S. 307.

Auf Antrag der Eigentümerin wurde auf dem Grundstücke Bd. 44 Bl. 2081 am 17. Mai 1911 eine Buchhypothek von 500 M. für den Kaufmann H. eingetragen. Das Grundbuchamt verfügte am gleichen Tage, daß die Nachricht von der Eintragung dem Kaufmanne H. zuzusenden sei. Die Absendung der Nachricht erfolgte am 10. Juni 1911. Durch ein am 19. Mai 1911 bei den Grundakten eingegangenes Schreiben bat der Bureauvorsteher D. mit der Anzeige, daß er Generalbevollmächtigter des Kaufmanns H. sei und die Vollmacht sich bei den Grundakten Haddesdorf Artikel 1375 befinde, das Grundbuchamt, die für H. bestimmten Nachrichten an ihn gelangen zu lassen. Der Grundbuchrichter lehnte es ab, die Nachricht von der Hypothekeneintragung dem Antragsteller zuzusenden. Das Landgericht wies die Beschwerde des Antragstellers zurück. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Nach § 55 Satz 1 GBO ist die Eintragung einer Hypothek auch demjenigen bekannt zu machen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgt ist. Hiernach ist es zutreffend gewesen, daß das Grundbuchamt am 17. Mai 1911 die Zusendung der Nachricht von der Hypothekeneintragung an den Kaufmann H. verfügt hat. Die Rechtslage erfuhr jedoch dadurch eine Aenderung, daß vor Ausführung dieser Absendungsverfügung der Beschwerdeführer auf Grund der Generalvollmacht des Hypothekengläubigers um Zusendung der Nachricht an sich selbst ersuchte. Das Kammergericht hat im RJA. 8, 159

ausgesprochen, daß, wenn der, dem eine Grundbucheintragung bekannt zu machen ist, das Grundbuchamt ersucht, die Bekanntmachung nicht an ihn, sondern an einen anderen ergehen zu lassen, das Grundbuchamt verpflichtet ist, die Bekanntmachung ausschließlich an die von dem Berechtigten bezeichnete Person zu richten. Dieser Satz ist auch hier anwendbar. Denn der Beschwerdeführer hat auf Grund der Generalvollmacht des Kaufmanns H. vom 25. August 1907 namens des zur Empfangnahme der Benachrichtigung an sich berechtigten Machtgebers ersucht, die Benachrichtigung an ihn zu richten. Dieses Ersuchen hat, da H. den Beschwerdeführer in der Generalvollmacht ermächtigt hat, alle seine Angelegenheiten bei Gericht zu besorgen, die gleiche Bedeutung, als wenn es von H. persönlich ausgegangen wäre. Das Grundbuchamt, das im Besitze der Generalvollmacht oder jedenfalls einer beglaubigten Abschrift der Vollmacht war, wurde durch die Eingabe des Beschwerdeführers vom 19. Mai 1911 daher verpflichtet, die Benachrichtigung an den Beschwerdeführer, und zwar nur an diesen, zu senden. Daß die Absendung der Nachricht an den Hypothekengläubiger selbst bereits am 17. Mai 1911 verfügt war, ändert an der Entstehung dieser Verpflichtung nichts. Denn vor der erst am 10. Juni 1911 erfolgten Ausführung der Verfügung war diese ein lediglich dem inneren Dienste des Grundbuchamts angehörender Vorgang, der bis zur Ausführung der Verfügung jederzeit abgeändert werden konnte und in einem Falle, wie dem vorliegenden, abgeändert werden mußte. Die Beschwerde ist endlich auch nicht dadurch gegenstandslos geworden, daß der Beschwerdeführer anderweit von der Eintragung Kenntnis erlangt hat (KGJ. 28 A, 152).

Inhalt des Verzeichnisses, das eine Mutter, die Alleinerbin ihres Mannes ist, wegen des Pflichtteilsanspruchs der unter ihrer elterlichen Gewalt stehenden Kinder dem Vormundschaftsgericht einzureichen hat; mangelnde Befugnis des Vormundschaftsgerichts, von einer Mutter die Einreichung eines Nachlaßverzeichnisses zu fordern.

§§ 1640, 1686 BGB.

Reichsgericht IV. Zivilsenat, 11. Juli 1912. — Bd. 12 S. 1.

Veröffentlicht RG. i. Z. Bd. 80. S. 65.

Recht des geschiedenen Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, mit dem Kinde persönlich zu verkehren; mangelnde Befugnis des Vormundschaftsgerichts, den Verkehr von der Erfüllung der dem Ehegatten gegenüber dem Kinde obliegenden Unterhaltspflicht abhängig zu machen.

§ 1636 BGB.

Kammergericht Berlin, 16. Februar 1912. — Bd. 12 S. 3.

Aus der Ehe des Architekten D. mit Dora S. ist der am 6. Mai 1908 geborne Ernst Walter hervorgegangen. Die Ehe ist rechtskräftig geschieden. Die Sorge für die Person des Kindes steht der Mutter zu. Auf Antrag des Vaters hat das Vormundschaftsgericht den Verkehr zwischen Vater und Sohn dahin geregelt, daß der Sohn an jedem zweiten Sonntag vormittags auf eine Stunde in die Wohnung des Vaters kommt und daß für das Erscheinen

des Knaben die Mutter zu sorgen hat. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Mutter hat das Landgericht zurückgewiesen. Gegen den Beschluß des Beschwerdegerichts hat die Mutter weitere Beschwerde eingelegt mit dem Antrag: unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses anzuordnen, daß der Vater mit dem Sohne nur zusammenkommen darf, wenn er nachweist, daß er die Alimente für seinen Sohn gezahlt hat.

Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Das Rechtsmittel ist zulässig, aber sachlich nicht begründet. Nach § 1636 Satz 1 BGB. behält der Ehegatte, dem nach § 1635 BGB. die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren, und nach § 1636 Satz 2 kann das Vormundsschaftsgericht den Verkehr näher regeln. Die Art des Verkehrs und die Bestimmung von Ort und Zeit ist dem pflichtmäßigen Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen. Die weitere Beschwerde kann deshalb nicht darauf gestützt werden, daß das Vormundschaftsgericht und das an seine Stelle getretene Landgericht von diesem Ermessen einen unzweckmäßigen Gebrauch gemacht haben, sondern nur darauf, daß die Entscheidung des Landgerichts von einem Rechtsirrtum beeinflußt ist. Letzteres behauptet allerdings die Beschwerdeführerin. Sie macht folgendes geltend: Das Landgericht habe den § 1636 BGB. durch unrichtige Anwendung verletzt. Allerdings behalte der Ehegatte, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zustehe, die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Aber im Gesetze sei nirgends gesagt, daß diese Befugnis an und für sich ohne eine entsprechende Pflicht bestehe. Dem Rechte der elterlichen Gewalt stehe die Pflicht gegenüber, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1627 BGB.). Wenn daher der Vater im vorliegenden Falle der Mutter die ausschließliche Pflicht, für das Kind zu sorgen, überlasse, so müsse er ihr auch das ausschließliche Recht überlassen, das Kind zu erziehen und mit dem Kinde zu verkehren. Deshalb sei das Vormundschaftsgericht verpflichtet, den Verkehr von der Zahlung der Alimente abhängig zu machen. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Nach § 1636 BGB. hat das Vormundschaftsgericht den persönlichen Verkehr des nicht-sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kinde näher zu regeln. Danach hat es die Art und Weise, wie der Verkehr stattfinden soll, insbesondere Ort und Zeit des Zusammenkommens, zu bestimmen, es ist aber nicht befugt, den Verkehr selbst davon abhängig zu machen, daß der nicht-sorgeberechtige Elternteil den Nachweis erbringt, daß er seiner Unterhaltspflicht dem Kinde gegenüber nachgekommen ist. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaute des § 1636 BGB., wonach der „Verkehr", nicht aber damit zugleich sonstige vermögensrechtliche Beziehungen zwischen Elternteil und Kind zu regeln sind. Ein Hineinziehen der Unterhaltspflicht des Elternteils in die Verkehrsregelung des § 1636 BGB. würde aber auch dem Wesen des Verkehrsrechts widersprechen. Allerdings beruht das Verkehrsrecht, wie das Kammergericht in dem Beschlusse vom 6. Oktober 1911 (RJA. 11, 254) mit ausführlicher Begründung, insbesondere mit Rücksicht auf die Entstehungsgeschichte des § 1636 BGB., dargelegt hat, auf dem zwischen Eltern und Kindern bestehenden Verwandtschaftsverhältnis, und ebenso beruht auch die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern auf der Verwandtschaft (§ 1601 BGB.). Trotzdem ist eine Verquickung der

aus der Unterhaltspflicht des Elternteils dem Kinde zustehenden Ansprüche mit dem Verkehrsrechte des Elternteils nicht zulässig. Das Wesen des Verkehrsrechts besteht darin, daß der nicht-sorgeberechtigte Elternteil die Befugnis haben soll, im persönlichen Verkehre mit dem Kinde zu bleiben, sich selbst von dem leiblichen und geistigen Wohl des Kindes zu überzeugen und so zu verhindern, daß das Kind dem Elternteile sich nicht gänzlich entfremdet. In den Motiven (4, 628) wird denn auch ausdrücklich anerkannt, daß der persönliche Verkehr nicht gänzlich untersagt werden darf, und auch aus den Beratungen des Gesetzes ist mit voller Klarheit und grundsätzlich zum Ausdrucke gebracht (Protokoll IV, 44), daß der nicht-sorgeberechtigte Elternteil unter keinen Umständen vom Verkehre mit seinem Kinde völlig ausgeschlossen werden dürfe. Mit Rücksicht hierauf hat denn auch der Senat bereits ausgesprochen, daß das Verkehrsrecht dem geschiedenen, nicht-sorgeberechtigten Elternteil auch dann nicht entzogen werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 1668 im übrigen vorliegen (RJA. 11, 254). Mit diesem Wesen des Verkehrsrechts als der unentziehbaren Befugnis zum persönlichen Verkehre mit dem Kinde läßt es sich nicht vereinigen, wenn das Vormundschaftsgericht den persönlichen Verkehr von dem Nachweis abhängig machen dürfte, daß der Elternteil seine Unterhaltspflicht dem Kinde gegenüber erfüllt habe. Denn die auf vermögensrechtlichem Gebiete liegende Frage der Unterhaltspflicht hat nicht nur nichts damit zu tun, ob und in welcher Weise der persönliche Verkehr des Elternteils mit dem Kinde stattzufinden hat, sondern das Hineinziehen der Unterhaltsfrage widerspricht geradezu dem Wesen des Verkehrsrechts, das darauf abzielt, daß das zwischen Elternteil und Kinde bestehende natürliche Band durch den persönlichen Verkehr aufrechterhalten wird. Durch § 1636 Satz 1 ist das Verkehrsrecht des nicht-sorgeberechtigen Elternteils ohne Einschränkung begründet worden. Wie es seinem Wesen nach unentziehbar, ist es auch unabhängig von der Erfüllung der Unterhaltspflicht des Verkehrsberechtigten.

Nach alledem hat das Vormundschaftsgericht nur die Art des Verkehrs näher zu regeln, es darf aber nicht den Verkehr davon abhängig machen, daß der nicht-sorgeberechtigte Elternteil die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht nachweist. Daraus ergibt sich, daß die Vorinstanzen das Gesetz nicht verletzt haben, wenn sie den Verkehr regelten, ohne ihn von der Zahlung der Alimente abhängig zu machen.

Befugnis des Vormundschaftsgerichts, dem Vormunde für die nach der Beendigung der Vormundschaft ihm als früherem Vormunde noch obliegenden Verrichtungen eine Vergütung zu bewilligen.

§ 1836 BGB.

Kammergericht Berlin, 23. Februar 1912.

Der Gerichtsassessor a. D. G. wurde im Juni 1903 wegen Geistesschwäche entmündigt. Im Juli 1911 wurde die Entmündigung wieder aufgehoben. G. beantragte darauf, die von dem Vormundschaftsgerichte für seinen Vormund festgesetzte Vergütung herabzusetzen. Sein Antrag wurde vom Vormundschaftsgericht abgelehnt. Das Landgericht wies die Beschwerde des G. zurück. Mit der weiteren Beschwerde machte G. unter anderem geltend, die

Instanzgerichte hätten dem Vormund auch noch eine Vergütung über die am 21. Juli 1911 beendete Vormundschaft hinaus bis zum 1. Oktober 1911 bewilligt. Diesem Vorbringen hat das Kammergericht den Erfolg versagt, indem es ausführt:

Unbegründet ist die Meinung des Beschwerdeführers, daß das Landgericht die Vergütung nicht für die Zeit bis zum 1. Oktober 1911 habe festsetzen dürfen. Richtig ist, daß die Vormundschaft mit der Aufhebung der Entmündigung beendet war, also hier im Juli 1911 (§§ 1882, 1897 BGB.). Richtig ist aber auch, daß die Beendigung der Vormundschaft nicht ohne weiteres die Einstellung der Tätigkeit des Vormundes zur Folge hatte. Vielmehr macht der § 1892 BGB. dem Vormunde gerade nach der Beendigung der Vormundschaft eine fernere Tätigkeit im Interesse des Mündels zur Pflicht. Und diese Tätigkeit, die Ablegung der Rechenschaft über die Verwaltung und die Legung der Schlußrechnung, hat bis zum 1. Oktober 1911 gewährt, konnte auch nicht wohl früher zu Ende geführt werden.

Anwendung des deutschen Rechtes auf das Rechtsverhältnis zwischen ausländischen Eltern und ihren Kindern, wenn nach dem Rechte des Staates, dem der Vater angehört, die deutschen Gesetze maßgebend sind.

Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts für Anordnungen, die das Sorgerecht geschiedener Eltern für die Kinder betreffen, wenn die Eltern Ausländer, auf das Rechtsverhältnis aber die deutschen Gesetze anzuwenden sind.

Pflicht des Vormundschaftsgerichts, bei der Prüfung der Frage, ob die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes im Interesse des Kindes einem geschiedenen Ehegatten zu entziehen und dem anderen Ehegatten zu übertragen ist, zugleich zu prüfen, ob das geistige oder körperliche Wohl des Kindes nicht dadurch gefährdet wird, daß die Sorge für seine Person dem anderen Ehegatten übertragen wird.

Artikel 17, 19, 27 EGzBGB., §§ 1635, 1666 BGB.

Oberstes Landesgericht München, 13. März. 1912. — Bd. 12 S. 6

Der Kunstmaler Simon H., Angehöriger des Staates New York, schloß im September 1895 vor dem Standesbeamten in München die Ehe mit der bayerischen Staatsangehörigen Anna S. Die Eheleute nahmen ihren Wohnsitz in München und behielten ihn bei bis zum Spätherbst 1909. Aus der Ehe gingen drei Kinder hervor: Thea, Hilda und Eva. Im November 1909 zog Anna H. nach Venedig; seitdem lebten die Eheleute getrennt voneinander. Im Juli 1910 wurde die Ehe auf die Klage der Ehefrau vom Landgerichte München geschieden; beide Ehegatten wurden für schuldig erklärt. Die Kinder blieben auf Grund einer Vereinbarung der Ehegatten bei dem Vater. Nachdem die Mutter im April 1911 eine neue Ehe mit dem Kunstmaler Hans B. eingegangen hatte, erhob sie gegen ihren früheren Ehemann bei dem Landgerichte München Klage auf Herausgabe der Kinder Thea und Hilda. Unmittelbar nach der Klage stellte Simon H. bei dem Vormundschaftsgerichte den Antrag, gemäß § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB. anzuordnen,

daß die Sorge für die Person der Kinder Thea und Hilda ihm übertragen werde. Das Amtsgericht München als Vormundschaftsgericht gab dem Antrage statt. Die von der Mutter eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf ihre weitere Beschwerde hat das oberste Landesgericht München unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

In den Gründen ist ausgeführt:

Mit Recht haben die Vorinstanzen angenommen, daß deutsches Recht anzuwenden ist. Der Antragsteller Simon H. ist Angehöriger des Staates New York, also Bürger der Vereinigten Staaten von Nordamerika. Diese sind dem Haager Abkommen zur Regelung der Ehescheidung und der Vormundschaft nicht beigetreten, es kommen also ausschließlich die Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Betracht. Für die familienrechtlichen Beziehungen von Angehörigen des Staates New York, die ihren Wohnsitz im Ausland haben, sind nach dem Rechte des Staates New York die Gesetze des Ortes des Wohnsitzes maßgebend. Daß der Antragsteller und dessen Ehefrau während der Dauer der Ehe ihren Wohnsitz in München gehabt haben, stellt das Beschwerdegericht einwandfrei fest.

Die Frage nun, ob das Recht der Eltern bezüglich der Sorge für die Kinder aus geschiedenen Ehen als eine Wirkung der Ehescheidung nach dem diese regelnden Art. 17 EGzBGB. zu beurteilen ist, in welchem Fall sich ohne weiteres aus dem Art. 27 die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes ergeben würde, oder nach dem das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde betreffenden Art. 19 ist strittig; sie kann aber dahingestellt bleiben, denn auch bei Anwendung des Art. 19 würde sich ergeben, daß der Fall nach deutschem Recht zu beurteilen ist. Der Art. 19 bestimmt nur, daß das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und den ehelichen Kindern nach deutschem Rechte zu beurteilen ist, wenn der Vater oder nach dessen Tode die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt; er enthält aber keine Bestimmung für den Fall, daß der Vater Ausländer ist. Es kann aber aus dem Art. 19 unbedenklich der allgemeine Grundsatz entnommen werden, daß über die Rechte der Eltern gegenüber ihren Kindern das Recht des Staates entscheidet, dem der Vater bzw. die Mutter angehört. In den Art. 27, der nur Fälle betrifft, in denen in erster Linie fremdes Recht anzuwenden ist, konnte der Art. 19, der nur von der Anwendbarkeit deutschen Rechtes spricht, nicht aufgenommen werden; es steht aber nichts im Wege, im gegebenen Falle, in dem ebenso wie in den im Art. 27 geregelten Fällen das Personalstatut des Vaters entscheidend ist, den im Art. 27 ausgesprochenen Rechtssatz entsprechend anzuwenden. Ergibt sich aber auf Grund einer ausdehnenden Auslegung des Art. 19 im gegebenen Falle für das Recht des Vaters grundsätzlich die Maßgeblichkeit des Rechtes des Staates New York, so muß folgerichtig auch die in diesem Rechte vorgeschriebene Rückverweisung auf das Recht des Wohnsitzes Beachtung finden, und hieraus ergibt sich die Anwendbarkeit des deutschen Rechtes (vgl. das Urteil des Reichsgerichts vom 29. Dezember 1910 JurW. 1911, 208).

Die Beschwerdeführerin bestreitet nun nicht, daß das deutsche Recht anzuwenden ist, sie rügt jedoch, daß von den Vorinstanzen die Zuständigkeit des deutschen Vormundschaftsgerichts angenommen worden ist. Das deutsche Recht

sei nur in materieller Hinsicht anzuwenden, die Anwendung des materiellen deutschen Rechtes schließe nicht ohne weiteres auch die Anwendbarkeit der deutschen Zuständigkeitsnormen in sich, die familienrechtlichen Angelegenheiten von Ausländern unterständen den deutschen Vormundschaftsgerichten nicht.

Die Vorschrift des § 1635 Abs. 1 Satz 2 BGB., nach der das Vormundschaftsgericht befugt ist, bezüglich der aus einer geschiedenen Ehe hervorgegangenen Kinder eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Anordnung zu treffen, wenn eine solche im Interesse der Kinder aus besonderen Gründen geboten erscheint, ist nicht eine bloße Zuständigkeitsnorm, sondern vormundschaftsrechtlicher, also auch materiellrechtlicher Natur (vgl. Habicht-Greiff, Internationales Privatrecht S. 155 Anm. 3 Abs. 5 zu Art. 19 EGzBGB.). Dies ergibt sich schon daraus, daß die Vorschrift gar nicht durchführbar wäre, wenn nicht das deutsche Vormundschaftsgericht zuständig wäre. Uebrigens ist die Vorschrift des § 1635 Abs. 1 Satz 2 selbst dann anwendbar, wenn das Ehescheidungsurteil nicht auf Grund des deutschen, sondern des ausländischen Rechtes erging. Sie muß es also erst recht sein, wenn, wie hier, für die Scheidung deutsches Recht maßgebend gewesen war. Der die Zulässigkeit einer Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer regelnde Art. 23 EGzBGB. bezieht sich auf die dem Vormundschaftsgericht im § 1635 Abs. 1 Satz 2 eingeräumte Befugnis nicht. Nur für die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft kann daher in Frage kommen, ob und inwieweit das ausländische Gericht die Sorge für die familienrechtlichen Angelegenheiten seiner Staatsangehörigen übernimmt (vgl. Niedner, EGzBGB. S. 58 Anm. 4a zu Art. 19 und Habicht-Greiff S. 177 Anm. IV zu Art. 23).

Das Beschwerdegericht hat angenommen, daß besondere Gründe vorliegen, welche im Interesse der Kinder Thea und Hilda eine von den Vorschriften des § 1635 Abs. 1 Satz 1 abweichende Regelung geboten erscheinen lassen. Es hat deshalb die Sorge für die Person dieser Kinder der Mutter abgesprochen und dem Vater zugewiesen. Die Beschwerdeführerin rügt in der weiteren Beschwerde nur, daß die Vorinstanzen es unterlassen haben, in die nach Lage des Falles gebotene Prüfung der Frage einzutreten, ob dem Antragsteller Simon H. das Recht der Sorge für die Kinder Thea und Hilda auch belassen werden kann oder ob etwa Maßregeln nach § 1666 BGB. veranlaßt sind. Die Beschwerdeführerin bestreitet hiernach nicht mehr, daß in ihrer Person besondere Gründe vorliegen, welche es im Interesse der genannten Kinder als erforderlich erscheinen lassen, ihr die Sorge für deren Person zu entziehen. Dagegen beschwert sie sich darüber, daß die Kinder bei ihrem Vater belassen werden.

Das Vormundschaftsgericht geht davon aus, daß in dem Verfahren, das eine Maßregel nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 zum Gegenstande hat, die Frage, ob der andere Elternteil zur Erziehung der Kinder geeignet ist, auszuscheiden hat und eventuell zu prüfen ist, wenn feststeht, daß die Kinder ihm nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 zuzuweisen sind, weil sie bei dem Elternteile, dem nach der Regel des § 1635 Abs. 1 Satz 1 die Sorge zusteht, gefährdet sind. Nach der Auffassung des Landgerichts kann dagegen das Vormundschaftsgericht, wenn bei einem Verfahren nach § 1635 die Vermutung besteht, daß bei der nach Abs. 1 Satz 2 gebotenen abweichenden Anordnung das leibliche oder geistige Wohl der Kinder gefährdet ist, mit dem Verfahren

nach § 1635 das Verfahren nach § 1666 verbinden. Das Beschwerdegericht ist aber nach der Ansicht des Landgerichts hierzu nicht befugt. Es lehnt deshalb ab, die Frage zu würdigen, ob in der Person des Vaters Simon H. die Vorraussetzungen des § 1666 vorliegen. Denn in dem Verfahren des Vormundschaftsgerichts habe es sich nur darum gehandelt, ob der Mutter die ihr nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 BGB. zustehende Sorge für die Person der Kinder Thea und Hilda abzusprechen sei, und infolgedessen richte sich auch die Beschwerde nur dagegen, daß ihr die Sorge für diese Kinder abgesprochen worden sei: Die Würdigung des Beschwerdegerichts beschränke sich aber ausschließlich auf die Frage, die den Gegenstand des amtsgerichtlichen Beschlusses und der Beschwerde bilde.

Ist die Ehe aus beiderseitigem Verschulden der Ehegatten geschieden, so steht nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren und für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann indessen nach Satz 2 eine abweichende Regelung treffen. Diese kann nur darin bestehen, daß dem nach Abs. 1 Satz 1 nicht fürsorgeberechtigten Elternteil, hier dem Vater, die Sorge zugewiesen wird. Einem anderen, etwa einem Pfleger, dürfen die Kinder auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 nicht zugewiesen werden, ebensowenig können sie auf Grund des Satzes 2 gegen den Willen des nach Satz 1 fürsorgeberechtigten Elternteils in einer anderen Familie oder in einer Erziehungsanstalt untergebracht werden. Solche Maßregeln können gegen den Willen des fürsorgeberechtigten Elternteils nur verfügt werden, wenn in seiner Person die Voraussetzungen des § 1666 gegeben sind. Liegen nun in der Person des nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 nicht-fürsorgeberechtigten Elternteils die Voraussetzungen zu einem Einschreiten nach § 1666 vor, so kann ihm die Sorge für die Person der Kinder nicht zugewiesen werden. Denn weil in seiner Person die Voraussetzungen des § 1666 vorliegen, könnten die Kinder bei ihm nicht belassen werden, sie müßten auf Grund des § 1666 bei einem anderen untergebracht werden. Das braucht sich aber der nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 fürsorgeberechtigte Elternteil nicht gefallen zu lassen, er muß sich auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 nur die Zuweisung an den anderen Elternteil gefallen lassen.

Hieraus folgt, daß, wenn die Vermutung begründet ist, daß bei dem nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 nicht=fürsorgeberechtigten Elternteil das geistige oder leibliche Wohl der Kinder gefährdet ist, die im § 1635 Abs. 1 Satz 2 zugelassene Zuweisung der Sorge an ihn nur verfügt werden kann, wenn vorher oder gleichzeitig festgestellt wird, daß die erwähnte Vermutung unbegründet ist. Sonst würde sich ergeben, daß dem nach § 1635 Abs. 1 Satz 1 fürsorgeberechtigten Elternteil die Sorge auf Grund des § 1635 Abs. 1 Satz 2 rechtskräftig abgesprochen, demnächst aber diese Sorge auch dem Elternteil, dem sie zugesprochen wurde, aberkannt wird.

Ob mit dem Verfahren nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 das Verfahren nach § 1666 verbunden wird, ist demnach keine Frage der Zweckmäßigkeit. Beide Verfahren müssen vielmehr miteinander verbunden werden.

Die Lage war im gegebenen Falle allerdings insofern eine besondere, als der Antragsteller Simon H. bisher die Sorge für die Kinder Thea und Hilda tatsächlich ausgeübt hat, und es sich gegenüber der Klage der Beschwerde-

führerin auf Herausgabe dieser Kinder darum handelte, zunächst einmal festzustellen, ob ihr die ihr gesetzlich zukommende Sorge für die Kinder auch tatsächlich überlassen werden konnte. Allein trotz dieser Sachlage durfte sich das Vormundschaftsgericht nicht darauf beschränken, zunächst diese Frage zu entscheiden und die Prüfung der Frage, ob die Kinder dem Antragsteller auch endgültig belassen werden können, einem eventuellen weiteren Verfahren vorzubehalten, denn die Gründe, die für die Notwendigkeit der Verbindung der Prüfung beider Fragen sprechen, treffen auch bei dieser Sachlage zu.

Das Beschwerdegericht bemerkt ausdrücklich, daß zur Prüfung der Frage, ob bei dem Vater Simon H. die Kinder Thea und Hilda gefährdet sind, auf Grund der Feststellungen des Ehescheidungsurteils und der weiteren ihn auf das schwerste belastenden Angaben des Vertreters der Frau Anna B. Anlaß bestehe.

Ob in der Tat die Voraussetzungen des § 1666 in der Person des Vaters Simon H. vorliegen, kann vom Gerichte der weiteren Beschwerde bei der gegebenen Sachlage nicht gewürdigt werden. Auch kann mit Rücksicht auf diese Bemerkung des Beschwerdegerichts unerörtert bleiben, ob das Verhältnis des Verfahrens nach § 1635 Abs. 1 Satz 2 zu dem Verfahren nach § 1666 anders zu beurteilen wäre, wenn nicht behauptet worden wäre, daß in der Person des Vaters Simon H. Gründe, die zu einer alsbaldigen Aenderung des bestehenden Zustandes führen müßten, vorhanden seien.

Daß sich die Würdigung des Beschwerdegerichts auf die Frage beschränkt, die den Gegenstand des erstinstanziellen Verfahrens und deshalb auch der Beschwerde bildet, ist freilich zutreffend. Allein ob das Gericht erster Instanz den Umfang der seiner Würdigung zu unterstellenden Frage richtig begrenzt hat, muß vom Beschwerdegerichte geprüft werden, und zwar selbst ohne daß sich die Beschwerde hierauf richtet.

Die Entscheidung des Landgerichts konnte hiernach nicht aufrecht erhalten werden.

Vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Mannes zu einem für die ordnungsmäßige Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlichen Rechtsgeschäfte, das die Frau mit Wirkung für das Gesamtgut nicht ohne Zustimmung des Mannes vornehmen kann. Unzulässigkeit der Ersetzung der Zustimmung des Mannes zur Führung eines Rechtsstreits der Frau auf Aufhebung des ihre Entmündigung aussprechenden Beschlusses, Zulässigkeit der Ersetzung der Zustimmung des Mannes zur Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts zwecks Führung des Rechtsstreits.

§§ 1451, 1532 BGB.

Kammergericht Berlin, 15. März 1912. — Bd. 12 S. 11.

Der Rechtsanwalt D. hat als Vormund der auf Antrag ihres Ehemanns wegen Geistesschwäche entmündigten Frau O. den Entmündigungsbeschluß im Wege der Klage angefochten und demnächst bei dem Vormundschaftsgerichte beantragt, gemäß §§ 1519, 1451 BGB. die Zustimmung des Ehemanns O., der mit seiner Ehefrau im Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft lebt, zur Erhebung und Durchführung der Anfechtungsklage zu ersetzen, da O. seine Zustimmung grundlos verweigere. Nach Zurückweisung dieses An-

trags hat der Vormund bei dem Vormundschaftsgerichte beantragt, die Zustimmung des Ehemanns O. zu den zur Erhebung einer Anfechtungsklage erforderlichen Rechtsgeschäften, insbesondere zur Bevollmächtigung eines Anwalts und zur Zahlung der notwendigen Gerichtskosten, zu ersetzen. Auch diesen Antrag hat das Vormundschaftsgericht abgelehnt. Die hiergegen erhobene Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Vormundschaftsgericht zurückgewiesen.

Die Eheleute O. leben in Errungenschaftsgemeinschaft. Nach § 1532 BGB. haftet das Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft für die Verbindlichkeiten der Frau aus einem nach dem Eintritte der Errungenschaftsgemeinschaft vorgenommenen Rechtsgeschäft und für die Kosten eines nach diesem Zeitpunkte geführten Rechtsstreits der Frau nur dann, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäfts oder die Führung des Rechtsstreits mit Zustimmung des Mannes erfolgt oder ohne seine Zustimmung für das Gesamtgut wirksam ist. Das Vormundschaftsgericht nimmt eine Zustimmung des Ehemanns O. zu der Anfechtungsklage seiner entmündigten Ehefrau an; es folgert diese Zustimmung daraus, daß O. selber die Entmündigung seiner Ehefrau beantragt und deshalb von vornherein in alle während eines Entmündigungsverfahrens zu erwartenden Rechtshandlungen der Ehefrau eingewilligt habe. Diese Ansicht ist rechtsirrtümlich. Die Anfechtungsklage der Ehefrau bewegt sich in einer den Intentionen des Ehemanns, der ja gerade durch den Entmündigungsantrag die Entmündigung seiner Ehefrau herbeizuführen wünschte, entgegengesetzten Richtung, so daß man unmöglich eine Einwilligung des Ehemanns O. in die Erhebung und Durchführung der Anfechtungsklage annehmen kann.

Wenn der Ehemann O. der Führung des Anfechtungsprozesses nicht zustimmt, die Ehefrau aber trotzdem so prozessieren will, daß das eheliche Gesamtgut für die Prozeßkosten hafte, ist erforderlich, daß einer der Fälle vorliege, in denen die Führung des Rechtsstreits ohne Zustimmung des Mannes für das Gesamtgut wirksam ist.

Nach §§ 1519, 1451 BGB. kann, wenn zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau ein Rechtsgeschäft erforderlich ist, das die Frau mit Wirkung für das errungenschaftliche Gesamtgut nicht ohne Zustimmung (Einwilligung oder Genehmigung §§ 183, 184 BGB.) des Mannes vornehmen kann, die Zustimmung des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, falls der Mann die Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigert; zu den persönlichen Angelegenheiten der Frau gehört auch die Anfechtungsklage gegen einen Entmündigungsbeschluß. Diese Bestimmung ist auf die Führung eines Rechtsstreits durch die Ehefrau, die zur Erhebung und Durchführung der Anfechtungsklage von der Zustimmung ihres Ehemanns nicht abhängig ist, nicht anwendbar. Wenn der Vormund die vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Ehemanns O. zu den zur Erhebung der Anfechtungsklage erforderlichen Rechtsgeschäften, insbesondere zur Bevollmächtigung eines Anwalts und zur Zahlung der notwendigen Gerichtskosten, nachsucht, so deckt sich dieser Antrag in seinem Erfolge mit dem ursprünglichen, nach dem eben Gesagten unzulässigen und vom Vormundschaftsgerichte zurückgewiesenen Antrag, die Zustimmung des Ehemanns O. zur Er-

hebung und Durchführung der Anfechtungsklage zu ersetzen. Eine vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der verweigerten ehemännlichen Zustimmung zur Zahlung von Gerichtskosten ist auch aus dem Grunde unzulässig, weil die Frau nach der ganzen Struktur des Rechtes der Errungenschaftsgemeinschaft der Zustimmung des Ehemanns nur zu Verpflichtungsgeschäften, wenn sie für das Gesamtgut wirksam sein sollen, aber nicht zu Befreiungsgeschäften bedarf, zu denen auch die Zahlung von Gerichtskosten gehört. Die Ersetzung der ehemännlichen Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ist weiter auch nur für ein einzelnes Rechtsgeschäft, nicht für einen Kreis im einzelnen nicht bestimmter Rechtsgeschäfte zulässig, deren Folgen sich zur Zeit der Ersetzung nicht übersehen lassen. Dagegen ist der Antrag des Vormundes insoweit prinzipiell gerechtfertigt (und zwar, ohne daß es darauf ankäme, ob ein errungenschaftliches Gesamtgut der Eheleute O. vorhanden ist oder nicht), als er die vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der Zustimmung des Ehemanns O. zur Bevollmächtigung eines Rechtsanwalts zwecks Führung des Anfechtungsprozesses erbeten hat. Dieses eine Rechtsgeschäft reicht aber auch, soweit man nach Lage der Sache urteilen kann, aus, um den vom Vormund angestrebten Zweck — Verhaftung des Gesamtguts für die Prozeßkosten — zu erreichen, da sich aus der Bevollmächtigung eines Anwalts zugleich die Verpflichtung des Vollmachtgebers aus den vom Anwalt im Rahmen seiner Vollmacht vorgenommenen Rechtshandlungen, also namentlich auch aus den durch Anstrengung eines Prozesses dem Fiskus gegenüber erwachsenden Verbindlichkeiten, ergibt. Die Ansicht des Vormundschaftsgerichts, daß die Ersetzung der Zustimmung des Ehemanns O. überhaupt überflüssig und unzulässig sei, weil O. auf Grund seiner Unterhaltspflicht auch die Kosten eines durch die geistige Erkrankung seiner Ehefrau veranlaßten Rechtsstreits zu tragen habe, ist rechtsirrtümlich. Die ehemännliche Unterhaltspflicht umfaßt zwar nach § 1360 BGB. die Pflicht, Krankheits- und Kurkosten, nicht aber Prozeßkosten zu tragen; für die letzteren sind die güterrechtlichen Verhältnisse maßgebend, RG. 46, 354.

Die vormundschaftsgerichtliche Ersetzung der vom Manne grundlos verweigerten Zustimmung zu einem Rechtsgeschäfte der Frau (Bevollmächtigung eines Anwalts) setzt voraus, daß dieses Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich ist; unter diesen Umständen hat sie ein Recht auf die Ersetzung, um mit der Wirkung für das Gesamtgut handeln zu können, auch wenn sie aus eigenen Mitteln, insbesondere auch aus den ihr vom Ehemann gewährten Alimenten zur Deckung der aus dem Rechtsgeschäft entstehenden Verbindlichkeiten imstande sein sollte. Das Vormundschaftsgericht ist in die Erörterung der Frage, ob die Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme es Frau O. an Stelle ihres Ehemanns antragsgemäß autorisieren sollte, zur ordnungsmäßigen Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten erforderlich seien, auf Grund seiner unzutreffenden Ansicht nicht eingetreten, daß die beantragte Ersetzung in jedem Falle unzulässig sei. Das Landgericht sieht auf Grund der vom Vormunde nicht bestrittenen Behauptung des Ehemanns O., daß die Geistesschwäche der Frau O. von vier Aerzten übereinstimmend konstatiert sei, und deswegen, weil nicht dargetan sei, daß sich die Krankheit inzwischen gehoben oder gebessert habe, die Anfechtungsklage als aussichtslos und deshalb die zur Durchführung der Klage notwendigen

Rechtsgeschäfte nicht als zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau erforderlich an. Mit Recht macht die Begründung der weiteren Beschwerde geltend, daß das Landgericht, um zu der von ihm getroffenen Feststellung, daß die Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme Frau O. vormundschaftsgerichtlich ermächtigt zu werden wünscht, zur ordnungsmäßigen Besorgung ihrer Angelegenheiten nicht erforderlich seien, zu gelangen, nicht geprüft habe, ob Frau O. infolge ihrer Geistesschwäche zur Besorgung ihrer Angelegenheiten nicht imstande sei (§ 6 Nr. 1 BGB.), weil ohne weiteres die Möglichkeit zuzugeben ist, daß jemand trotz Geistesschwäche seine Angelegenheiten zu besorgen vermöge, demnach nicht entmündigt werden dürfe. Das Landgericht hat die ihm nach § 12 FGG. obliegende Pflicht, von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen, auch insofern nicht erfüllt, als es seine Feststellung darauf gründet, daß O. ohne Widerspruch des Vormundes die von vier Aerzten übereinstimmend begutachtete Geistesschwäche seiner Ehefrau behauptet habe, auch eine Behebung oder Besserung der Krankheit nicht dargetan sei, obwohl der Widerspruch des Vormundes, wenn auch in seinem Antrag und der Beschwerdeschrift nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch in der Erhebung der Anfechtungsklage genügenden Ausdruck gefunden hatte, überhaupt aber der Grundsatz des Zivilprozesses, daß unbestrittene Parteibehauptungen ohne weiteres als wahr hinzunehmen seien und nur das Vorbringen der Parteien zu berücksichtigen sei, im Verfahren freiwilliger Gerichtsbarkeit nicht gilt.

Da die in beiden Vorinstanzen zu Unrecht unterlassene Prüfung der tatsächlichen Frage, ob Frau O. infolge von Geistesschwäche ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermöge und ob die Anfechtungsklage infolgedessen aussichtslos sei, nicht in dritter Instanz erfolgen kann, so war die Sache unter Aufhebung des amts- und landgerichtlichen Beschlusses zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Vormundschaftsgericht zurückzuverweisen.

Zulässigkeit der Eintragung eines Kindesfundes in das Geburtsregister, auch wenn das Kind zur Zeit der Auffindung bereits ein und ein halbes Jahr alt ist.

§ 24 PStG.

Reichsgericht, 4. Zivilsenat, 15. Mai 1912. — Bd 12 S. 14.

Veröffentlicht RG. i. Z. Bd. 79 S. 357.

Befugnis des Nachlaßgerichts, bei der Erteilung eines Erbscheins auf Grund eines Testaments zu prüfen, ob die letztwilligen Verfügungen des Erblassers neben einem Ehe- und Erbvertrage zulässig sind.

§§ 2358, 2360 BGB.

Oberlandesgericht Hamburg, 8. Januar 1912. — Bd. 12 S. 17.

Ueber die vorstehende Frage führt das Oberlandesgericht Hamburg aus:

Die Ansicht, daß es angesichts eines formgültigen Testaments nicht Sache des Nachlaßgerichts sei, zu prüfen, ob die Verfügungen des Testaments nach

dem gesetzlichen Güterstande des Erblassers zulässig seien oder nicht, daß es vielmehr den Beteiligten überlassen bleiben müsse, ihre desfallsigen Rechte durch Anfechtung des Testaments zu verfolgen, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Nach der in Theorie und Praxis allgemein vertretenen Auffassung hat der Nachlaßrichter von Amts wegen nicht nur zu prüfen, ob die vorgelegte Verfügung von Todes wegen formgerecht errichtet und zum Nachweise der Erbberechtigung geeignet ist, sondern seine Ermittelungen haben sich auch darauf zu erstrecken, ob der Erblasser überhaupt zur Errichtung der Verfügung berechtigt war oder ob in sonstiger Weise der Wirksamkeit der Verfügung rechtliche Gründe entgegenstehen.

Bei dieser ihm obliegenden Prüfung ist der Nachlaßrichter von der Meinung der Beteiligten über Gültigkeit und Auslegung von letztwilligen Verfügungen unabhängig, auch müssen Vereinbarungen der Beteiligten über Gültigkeit oder Ungültigkeit der in Frage kommenden letztwilligen Verfügungen auf die Erteilung des Erbscheins und dessen Inhalt ohne Einfluß bleiben.

Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall liegt auf der Hand, daß der Nachlaßrichter den von den Eheleuten D. vor der Eingehung der Ehe abgeschlossenen Ehe- und Erbvertrag, dessen Rechtsbeständigkeit nicht beanstandet wird und außer Zweifel steht, nicht unberücksichtigt lassen durfte, sondern im Gegenteil zu prüfen hatte, ob der Erblasser durch diesen Vertrag gebunden und wegen der in ihm getroffenen Vereinbarungen nicht in der Lage war, letztwillige Verfügungen wirksam zu treffen. Dieser Prüfung hat der Nachlaßrichter und nach ihm das Beschwerdegericht sich unterzogen. Beide sind hierbei entgegen der für sie nicht maßgebenden Ansicht der Beschwerdeführerin zu dem Resultate gekommen, daß durch die im § 8 des Vertrags enthaltene Bestimmung:

„Sollte aber der Ehemann der Zuerststerbende sein, so soll die gesetzliche Erbfolge eintreten“

habe zum Ausdrucke gebracht werden sollen und zum Ausdrucke gebracht worden sei, daß entsprechend den Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen der allgemeinen bremischen Gütergemeinschaft bei unbeerbter Ehe das Samtgut sich in Vermögen der überlebenden Ehefrau verwandeln solle. Den Inhalt und die rechtliche Bedeutung der gelegentlich dieser Auslegung angeführten gesetzlichen Bestimmungen hat das Landgericht zutreffend angenommen. . . .

Ist hiernach davon auszugehen, daß der Erblasser durch den Ehe- und Erbvertrag gebunden war und somit einseitig testamentarische Bestimmungen wirksam nicht treffen konnte, so steht damit ohne weiteres fest, daß der beantragte Erbschein nicht erteilt werden durfte. Hieran konnte auch durch die nach dem Tode des Erblassers von den Beteiligten abgegebenen Erklärungen nichts geändert werden. Denn es ist als rechtlich unmöglich anzusehen, dem unwirksamen Testamente des Erblassers dadurch Wirksamkeit zu verschaffen, daß die Witwe die Erbfolge auf Grund des Erbvertrags ausschlägt, oder aber dadurch, daß sie und die sonst Beteiligten das Testament als wirksam und für sie bindend anerkennen.

Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch den in einem gemeinschaftlichen Testament als Erbe eingesetzten überlebenden Ehegatten; Unwirksamkeit der Ernennung gegenüber den in dem Testament als Ersatzerben des überlebenden Ehegatten eingesetzten Kindern, soweit sich nicht aus dem Testament ein anderer Wille der Ehegatten ergibt.

§§ 2203 ff., 2211 ff., 2270, 2271, 2289, 2306 2376 BGB.

Kammergericht Berlin, 22. Januar 1912. — Bd. 12 S. 18.

Im Dezember 1910 verstarb in B. der Rentner S. Er hinterließ zwei letztwillige Verfügungen.

In dem am 3. März 1900 errichteten gemeinschaftlichen Testamente setzten der Erblasser und seine Ehefrau als Erben ein: 1) sich gegenseitig, 2) ihre gemeinschaftlichen ehelichen Kinder Max, Klara und Elisabeth mit der Maßgabe, daß der letztlebende Ehegatte befreiter Vorerbe, die Kinder aber Nacherben zu gleichen Teilen sein sollten.

Die Ehefrau starb im Januar 1902. Am 4. Oktober 1904 errichtete der Erblasser ein Testament, in welchem er das vorerwähnte gemeinschaftliche Testament in mehreren Punkten „ergänzte". Er bestimmte, daß seine Erben bis zur Volljährigkeit der Tochter Elisabeth das zum Nachlasse gehörende Grundstück B.straße 5 in ungeteilter Erbengemeinschaft behalten, es nicht verkaufen oder belasten sollten. Er belastete dieses Grundstück mit einem Vorkaufsrechte zugunsten seines Sohnes Max und ernannte endlich diesen zu seinem Testamentsvollstrecker, indem er bestimmte:

„Er soll sich in den Besitz meines Nachlasses setzen, die Auseinandersetzung unter meinen Erben bewirken und meinen Nachlaß, insbesondere mein Grundstück B.straße 5, verwalten. Ich ermächtige meinen Testamentsvollstrecker, in dieser seiner Eigenschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Ferner ermächtige ich ihn, aus wichtigen Gründen, über die aber nur ihm selbst die Entscheidung zustehen soll, von dem von mir verordneten Verkaufs- bezw. Belastungsverbot abzugehen."

Der Erbe Max S. hat am 23. Januar 1911 das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen.

Auf Antrag der Miterbin Klara S. hat das Amtsgericht B. am 9. September 1911 das Verfahren zur Vermittelung der Erbauseinandersetzung angeordnet, indem es entgegen der Auffassung des Erben Max S. dessen Ernennung zum Testamentsvollstrecker für unwirksam erachtete.

Die hiergegen erhobene Beschwerde des Max S. ist vom Landgerichte zurückgewiesen worden. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Der Vorderrichter stützt seine Entscheidung darauf, daß die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in dem Testamente vom 4. Oktober 1904 gegenüber dem Testamente vom 3. März 1900, das er ohne Rechtsirrtum als gültiges korrespektives Testament ansieht, unzulässig sei. Für das preußische Recht ist die Unwirksamkeit der nachträglichen Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch den überlebenden Ehegatten vom Oberlandesgericht in Dresden

in einer Entscheidung vom 13. Januar 1908 (Recht 1910, 205) anerkannt worden. Entgegen der Meinung von du Chesne im Recht 1910, 205 ist auch für solche Erbfälle, in denen, wie im vorliegenden Falle, das gemeinschaftliche Testament nach dem 31. Dezember 1899 errichtet, also für die Bindung des Ueberlebenden das neue Recht maßgebend ist, das gleiche anzunehmen.

Offensichtlich verfehlt ist der Einwurf der weiteren Beschwerde, daß die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nach § 2270 Abs. 3 BGB. nicht durch eine korrespektive Verfügung erfolgen könne. Diese Ernennung wird als in dem späteren einseitigen Testament erfolgend angenommen, kann also schon deswegen nicht korrespektiv sein. Es handelt sich vielmehr darum, ob durch die Ernennung eine in dem früheren gemeinschaftlichen Testament enthaltene Verfügung, nämlich die Erbeinsetzung der Kinder, verletzt (widerrufen) wird, die unbedenklich die Natur einer korrespektiven Verfügung haben kann.

Was die Rechtsfrage selbst betrifft, so darf als ein in der Rechtslehre und Rechtsprechung anerkannter Satz festgestellt werden, daß das Wort Widerruf im § 2271 BGB. nicht im streng wörtlichen Sinne zu verstehen ist, daß vielmehr außer dem vollständigen Widerruf (contrarius actus) auch die bloß teilweise Abänderung und außer der eine korrespektive Verfügung formell in ihrem rechtlichen Bestand aufhebenden auch die sie lediglich materiell in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung beeinträchtigende Abänderung darunter fällt. So bezüglich der Vermächtnisse Brütt im ArchBürgR., 29, 390, bezüglich der Ernennung eines Testamentsvollstreckers unter gewissen, freilich sehr eng begrenzten Voraussetzungen du Chesne, endlich in allgemeiner Formulierung Planck, Staudinger (§ 2270), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar von Reichsgerichtsräten zu § 2271, abweichend Dernburg (Bürgerliches Recht V, 26 § 93 unter VI 2) für Vermächtnisse, während er für das preußische Recht hinsichtlich der Anordnung von Vermächtnissen und der Ernennung eines Testamentsvollstreckers bei Erbverträgen den entgegengesetzten Standpunkt vertrat. Von diesem Schriftsteller abgesehen, bestehen Abweichungen nur darin, daß von der einen Seite mehr die grundsätzliche Unzulässigkeit, von der andern Seite mehr die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Abänderungen betont wird, die nicht unter den Begriff des Widerrufs im strengen Sinne fallen; das erstere geschieht namentlich von Brütt, das zweite namentlich von du Chesne.

Diese herrschende Auslegung des Wortes Widerruf im § 2271 BGB erscheint auch wohlbegründet. Sie allein entspricht, wie bei Planck a. a. O. näher dargelegt ist, dem wirtschaftlichen Zwecke der Vorschrift. Denn für den vorversterbenden Ehegatten, dessen letzten Willen der § 2271 sichern will, kommt es nicht auf die juristische Form, in der eine Abänderung der von ihm gewollten Regelung des Nachlasses herbeigeführt wird, sondern darauf an, daß sachlich und im wirtschaftlichen Ergebnis eine solche Abänderung vermieden wird.

Geht man aber davon aus, daß ein Widerruf im Sinne des § 2271 BGB. auch in bloßen Abänderungen des korrespektiven Testaments liegen kann, so fragt es sich bezüglich der nachträglichen Ernennung eines Testamentsvollstreckers, ob die darin enthaltene Abänderung so wesentlich ist, daß man sie als Widerruf im Sinne des § 2271 anzusehen hat. Mindestens grundsätzlich wird diese Frage im Hinblick auf die außerordentlich einschneidenden

Beeinträchtigungen, die der Erbe durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung in seiner Rechtstellung erleidet, bejaht werden müssen. Die Erheblichkeit dieser Beeinträchtigung ergibt sich ohne weiteres aus dem Umfange der nach den §§ 2203 ff. BGB. dem Testamentsvollstrecker zustehenden Befugnisse und aus den in den §§ 2271 ff. bestimmten entsprechenden Beschränkungen des Erben. Demgemäß wird auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung in verschiedenen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs selbst als Beeinträchtigung des Erben anerkannt. Sie gilt nach § 2306 als Verletzung des Pflichtteilsrechts, nach § 2376 bei dem Erbschaftskauf als ein Mangel im Rechte, nach § 2289 als Beeinträchtigung des Rechtes des Vertragserben. Daß diese Rechtsschmälerung des Erben nicht den unmittelbaren Gegenstand der Anordnung der Testamentsvollstreckung bildet, sondern sich lediglich als gesetzliche Folge aus dieser ergibt, muß gegenüber dem oben hervorgehobenen Zwecke des § 2271 als unerheblich erscheinen. Eine Stütze findet die hier vertretene Auffassung auch in der Vorschrift des § 2271 Abs. 3, die unter besonderen Voraussetzungen, nämlich unter denen des § 2338, also nicht schlechthin, die nachträgliche Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch den überlebenden Ehegatten für zulässig erklärt.

Dahingestellt bleiben kann, ob noch sonstige Fälle denkbar sind, in denen ausnahmsweise die nachträgliche Anordnung einer Testamentsvollstreckung dem Widerrufsverbote des § 2271 BGB. nicht widersprechen würde. Denn im vorliegenden Falle ist kein Grund für eine solche Annahme ersichtlich. Er könnte nur darin gefunden werden, daß nach dem in einem besonderen Vorbehalt ausgesprochenen oder bei verständiger Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse zu vermutenden Willen der Eheleute der Ueberlebende zur nachträglichen Anordnung einer Testamentsvollstreckung befugt sein solle. Ob dies zutrifft, ist eine Frage tatsächlicher Natur. Das Gericht der weiteren Beschwerde ist an die einwandfrei getroffene Feststellung des Vorderrichters, die Eheleute S. hätten nach dem Testamente vom 3. März 1900 die nachträgliche Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht gewollt, gebunden, zumal auch der Vorderrichter nicht leugnet, daß es Fälle geben könne, in denen eine solche Ernennung nach dem Willen der Erblasser zulässig sei, sondern nur verneint, daß die tatsächlichen Voraussetzungen hierfür im vorliegenden Falle gegeben seien. Diese Feststellung würde übrigens unter den obwaltenden Verhältnissen wohl sogar vom Standpunkte du Chesnes aus zutreffend sein. Denn die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann nicht von den übrigen „Ergänzungen" getrennt werden, die in dem Testamente vom 4. Oktober 1904 getroffen sind; es sind dies namentlich das Auseinandersetzungsverbot, das Verkaufs- und Belastungsverbot. Zur Durchführung dieser Neuanordnungen ist die Ernennung des Testamentsvollstreckers erfolgt, nicht, wie du Chesne voraussetzt, zur Durchführung des in dem früheren gemeinschatlichen Testamente niedergelegten letzten Willens. Ferner ergibt sich aus den Bestimmungen, die zugunsten des Testamentsvollstreckers selbst getroffen sind (Vorkaufsrecht, Ermächtigung zu Abweichungen von dem Verkaufs- und Belastungsverbot unter gleichzeitigem Ausschlusse richterlicher Nachprüfung der Gründe, Ermächtigung zu Rechtsgeschäften mit sich selbst), daß die Absicht des Erblassers war, diesem Miterben eine bevorzugte Stellung vor den übrigen Erben einzuräumen; auch dies kann nicht als dem

in dem gemeinschaftlichen Testamente niedergelegten Willen der Erblasser entsprechend angesehen werden. Hiernach war die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Einsetzung eines Ersatznacherben für den Fall, daß der Nacherbe vor dem Eintritte der Nacherbfolge stirbt; Uebergang des Rechtes des Ersatznacherben auf seine Erben, auch wenn er vor dem Nacherben, aber nach dem Eintritte des Erbfalls stirbt.

§§ 2074, 2096, 2100, 2108 BGB.

Kammergericht Berlin, 6. Februar 1912. — Bd. 12 S. 22.

Als Vorerbin stellte die Antonie H. den Antrag, ihr einen Erbschein nach ihrer 1900 verstorbenen Schwester Mathilde H. dahin zu erteilen, daß die Witwe Ida H. die alleinige Nacherbin sei. Das Nachlaßgericht lehnte den Antrag mit der Begründung ab, es seien neben der Witwe Ida H. auch die Erben des 1903 gestorbenen Schuhmachers K. Nacherben geworden. Auf die Beschwerde der Antonie H. hob das Landgericht diese Entscheidung auf und wies das Nachlaßgericht an, von jenen Bedenken Abstand zu nehmen. Das Amtsgericht stellte darauf einen dem Antrag entsprechenden Erbschein aus, unterließ jedoch dessen Aushändigung, nachdem inzwischen die weitere Beschwerde eingelegt worden war und das Landgericht die Vollziehung seines Beschlusses ausgesetzt hatte.

Auf die weitere Beschwerde des Lehrers Johannes K. in Stettin, eines Sohnes und Erben des Schuhmachers K., hat das Kammergericht unter Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts die Beschwerde der Vorerbin Antonie H. gegen den Beschluß des Nachlaßgerichts als unbegründet zurückgewiesen.

In den Gründen ist ausgeführt:

Der Schuhmacher K. war in dem Testamente der Erblasserin Mathilde H. vom 25. Oktober 1898 neben der Witwe Ida H für den Fall zur Nacherbfolge berufen, daß die an erster Stelle als Nacherben eingesetzten und sich gegenseitig substituierten beiden Kinder der Witwe Ida H. vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge durch Tod wegfallen sollten. Diese Voraussetzung ist insofern eingetreten, als Margarete H. 1902 und Paul H. 1904 gestorben, die Nacherbfolge aber, da die Vorerbin noch lebt, bisher nicht eingetreten ist. Andererseits ist K. bereits 1903, also vor dem damals als alleiniger Nacherbe berufenen Paul H. gestorben.

Für das frühere preußische Recht wurde angenommen, daß jeder bedingt eingesetzte Nacherbe (fideikommissarische Substitut) sein Recht auf seine Erben übertrage (transmittiere). Diese Annahme wird für das heutige Recht durch § 2108 Abs. 2 Satz 2, § 2074 BGB. ausgeschlossen, wonach bei bedingter Nacherbeinsetzung im Zweifel das Gegenteil gilt, da die aufschiebende Bedingung im Zweifel dahin verstanden werden soll, daß der Bedachte ihren Eintritt erleben müsse. Für den Ersatznacherben, d. h. denjenigen Bedachten, welcher an Stelle eines vor oder nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge etwa wegfallenden zunächst zur Nacherbfolge Berufenen als Nacherbe eingesetzt ist (§ 2096 in Verb. mit § 2100 BGB.), gilt dies unbedenklich dann, wenn seine Einsetzung unter einer besonderen aufschiebenden Bedingung erfolgt ist. Soweit es sich nur um die Bedingung des vorherigen Wegfalls des zu-

nächst Berufenen handelt, die der Ersatzberufung begriffsmäßig innewohnt, kann nach dem Willen des Erblassers das Erleben dieses Wegfalls durch den Ersatznacherben unter Umständen allerdings als besonders aufgestellte Bedingung anzusehen sein, doch ist ein solcher Wille hier im Zweifel nicht anzunehmen und es spricht auch im vorliegenden Falle nichts für sein Vorhandensein. Die Auslegungsregel des § 2074 gilt für die Ersatzberufung nicht, da diese eine Bedingung im gewöhnlichen Sinne des Wortes nicht enthält. Mag man mit Strohal (Erbrecht [3] I § 25 S. 147 Anm. 15, § 26 S. 161 Anm. 33) annehmen, es liege bei der Ersatzberufung überhaupt keine rechtsgeschäftliche (gewillkürte) Bedingung, sondern eine conditio legis vor, oder mag man mit Dernburg (Bürg. Recht [3] 5 § 51 S. 155 Anm. 6) nur von einer besonders gearteten rechtsgeschäftlichen Bedingung sprechen, so ist doch mit diesen beiden Schriftstellern und der jetzt wohl allgemein herrschenden Meinung davon auszugehen, daß die Regel des § 2074 auf die Einsetzung eines Ersatzerben nicht anwendbar ist. Der Grund dafür liegt in der Rückbeziehung des Anfalls der Erbschaft an den Ersatzberufenen auf den Zeitpunkt des Erbfalls, die dann, wenn der Wegfall des zunächst Berufenen erst nach dem Erbfall erfolgt, kraft gesetzlicher Vorschrift (§ 1953 Abs. 2, § 2344 Abs. 2 BGB., Art. 86 Satz 2, Art. 87 Abs. 2 Satz 2 EG. z. BGB.) eintritt und ihren inneren Grund in dem ununterbrochenen Zusammenhange (Kontinuität) der Erbfolge hat, der sich für das Bürgerliche Gesetzbuch aus der mangelnden Anerkennung einer ruhenden Erbschaft mit Notwendigkeit ergibt. Gilt der infolge der Ausschlagung, Erbunwürdigkeit usw. des zunächst Berufenen eintretende Ersatzerbe als Erbe von Anfang an, so muß er, wenn er in der Zwischenzeit stirbt, sein Recht auf seinen Erben übertragen; es kann daher nicht als Erfordernis aufgestellt werden, daß er den Wegfall des zunächst Berufenen erleben müsse.

Das Landgericht ist der Ansicht, daß diese für die Ersatzberufung geltenden Sätze auf den Ersatznacherben nicht übertragbar seien, weil bei diesem eine Rückbeziehung nicht bzw. nur bis zum Zeitpunkte des Eintritts der Nacherbfolge in Frage komme (wenn nämlich der an erster Stelle berufene Nacherbe erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wegfällt). Der hier zuletzt erwähnte Fall muß außer Betracht bleiben, da er im Grunde nicht anders liegt als eine gewöhnliche Ersatzberufung. Denn mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wird der bisherige Nacherbe zum Erben (§§ 2100, 2139 BGB.) und der bisherige Ersatznacherbe zum Ersatzerben, der § 1953 Abs. 2 und der § 2344 Abs. 2 BGB. greifen daher ohne weiteres mit der Maßgabe ein, daß an die Stelle des Erbfalls der Fall der Nacherbfolge tritt. Es ist mithin nur der — auch in der vorliegenden Sache gegebene — Fall näher ins Auge zu fassen, daß der an erster Stelle berufene Nacherbe durch Tod, Ausschlagung oder Erbunwürdigkeitserklärung (§§ 2142, 2340 BGB.) wegfällt, bevor der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist, und mit Bezug hierauf zu untersuchen, ob der Ersatznacherbe diesen Wegfall seines Vordermanns erleben muß oder bei früherem Versterben seinerseits sein Recht auf seinen Erben überträgt.

Ob in einem solchen Falle eine Rückbeziehung des Anfalls (der Anwartschaft) auf den Zeitpunkt des Erbfalls stattfindet, mag zweifelhaft sein. Für die Bejahung der Frage läßt sich geltend machen, daß die Rückbeziehung in

den vorerwähnten gesetzlichen Vorschriften uneingeschränkt ausgesprochen wird und daher als eine Eigentümlichkeit der Ersatzberufung angesehen werden kann. Andererseits sind jene Vorschriften zunächst nur für den Erben im engeren Sinne aufgestellt und es entfällt bei dem Wegfall eines Nacherben, der sich noch im Zeitabschnitte der Anwartschaft befindet, der innere Grund für die Rückbeziehung des Anfalls an den Ersatzberufenen, nämlich die Wahrung der Kontinuität der Erbfolge; man kann daher sagen, daß die in der Rückbeziehung liegende Fiktion hier außer Anwendnng zu bleiben hat, weil Fiktionen nur insoweit zu verwenden sind, als für sie ein Gebot der Rechtsnotwendigkeit spricht. Endlich spricht gegen eine Rückbeziehung auch der Umstand, daß der Nacherbe, also auch der Ersatznacherbe, zur Zeit des Erbfalls überhaupt noch nicht vorhanden zu sein braucht. Wie dem aber auch sei, auf jeden Fall ist im Gegensatze zu der Ansicht des Beschwerdegerichts eine Vererbung der dem Ersatznacherben zustehenden Anwartschaft anzunehmen. Geht man entgegen dem Vorderrichter von der Annahme einer Rückbeziehung aus, so ergibt sich nach dem Vorgesagten schon hieraus die Uebertragung der Anwartschaft auf die Erben des Ersatznacherben. Verneint man die Rückbeziehung, so führt eine andere Erwägung zu dem gleichen Ziele. Der Ersatznacherbe ist, wie schon die sprachliche Bildung des Wortes besagt, begrifflich zunächst Nacherbe; der Umstand, daß er erst als zweiter, d. h. als eventuell eintretender Anwärter nach einem vor ihm stehenden Anwärter berufen ist, ändert nichts an dem Wesen seines Rechtes, läßt dies vielmehr nur als ein besonders geartetes Nacherbenrecht erscheinen. Der Ersatznacherbe ist daher auch als „eingesetzter Nacherbe" im Sinne des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB. anzusehen. So gut wie der gewöhnliche Ersatzerbe „eingesetzter Erbe" ist, ist der Ersatznacherbe „eingesetzter Nacherbe". Es gilt daher auch für ihn die Auslegungsregel des § 2108 Abs. 2 Satz 1, nach der die Anwartschaft des Nacherben im Zweifel auf dessen Erben übergeht, wenn er nach dem Erbfall, aber vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge verstirbt.

Die hier erörterte Frage steht in einem gewissen Zusammenhange mit der Frage nach der Eintragungsfähigkeit des dem Ersatznacherben zustehenden Rechtes. Das Kammergericht hat in einem Beschlusse vom 9. März 1908 (KGJ. 35 A 215, OLGRspr. 18, 330) bei einem nach früherem preußischen Rechte zu beurteilenden Erbfall, aber auf Grund von Erwägungen, die auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs als zutreffend angesehen wurden, ein eintragungsfähiges Recht des Ersatznacherben in Abrede gestellt. Die entgegengesetzte Ansicht ist später von den Oberlandesgerichten Dresden (ZBlfFG. 11, 548) und Rostock (RJA 11, 147) für das heutige Recht vertreten worden. In der letztgenannten Entscheidung wird ausgeführt, daß die Anwartschaft des Ersatznacherben sich ihrem Wesen nach von der des zunächst berufenen Nacherben nicht unterscheide, was mit der hier im Obigen vertretenen Rechtsauffassung übereinstimmt. Wollte man aber auch an der in dem kammergerichtlichen Beschlusse vom 9. März 1908 ausgesprochenen Auffassung festhalten, daß der Ersatznacherbe bis zum Wegfalle des zunächst berufenen Nacherben nur eine Anwartschaft auf den Erwerb des Rechtes des Nacherben habe, so würde dies doch für die hier allein zu entscheidende Frage der Vererblichkeit der Anwartschaft keinen Unterschied begründen. Denn es liegt sehr nahe und wird durch keinen besonderen Grund ausgeschlossen, für eine Anwartschaft dieser

Art wenigstens eine entsprechende Anwendung des § 2108 Abs. 2 Satz 2 zuzulassen und daher auch in diesem Falle im Zweifel die Vererblichkeit anzunehmen.

Hiernach hat der Schuhmacher K., als er 1903 verstarb, die ihm als Ersatznacherben zustehende Anwartschaft auf seine Erben übertragen und diese sind, als 1904 der Nacherbe Paul H. wegfiel, neben der Witwe Ida H. in die Rechtsstellung als Nacherben eingerückt. Der Erbschein vom 2. Dezember 1911, der die Witwe Ida H. als alleinige Nacherbin bezeichnet, übrigens auch entgegen dem § 2363 BGB. die Voraussetzungen der Nacherbfolge nicht angibt, ist daher unrichtig. Einer Einziehung gemäß § 2361 BGB. bedarf es nicht, da der Erbschein mangels Aushändigung im Rechtssinne noch nicht erteilt ist.

Benachrichtigung eines Beteiligten, der bei der Eröffnung eines Testaments nicht zugegen war. Keine Benachrichtigung eines in einem Testamente Bedachten, wenn die Zuwendung mit der Maßgabe erfolgt ist, daß sie von dem Belasteten nach freiem Belieben aufgehoben werden kann.

(Vgl. RJA. 2, 68.)

§§ 2262, 2263 BGB.

Oberlandesgericht Hamburg, 8. Februar 1912. — Bd. 12 S. 25.

Die Erblasserin H. hat in ihrem Testamente für den Fall, daß ihre Schwester sie überlebe, diese Schwester zu ihrer alleinigen Erbin eingesetzt. Daneben hat sie eine Reihe anderer Personen bedacht, jedoch mit der Einschränkung, daß diese Zuwendungen erst nach dem Tode der Schwester ausgeführt werden sollen und daß der Schwester das Recht zustehe, alle diese Verfügungen letztwillig aufzuheben. Die Schwester hat die Erblasserin überlebt und ist deren Erbin geworden. Das Nachlaßgericht will die so bedachten Personen, die bei der Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen sind, als „Beteiligte" von dem sie betreffenden Inhalte des Testaments in Kenntnis setzen, § 2262 BGB. Die Erbin trägt darauf an, dies bei ihren Lebzeiten zu unterlassen.

Das Nachlaßgericht hat den Antrag abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Erbin hat das Landgericht zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht Hamburg die Vorentscheidungen aufgehoben.

In den Gründen ist ausgeführt:

Was versteht der § 2262 BGB. unter den „Beteiligten"? Es sind diejenigen, denen durch den betreffenden Inhalt des Testaments Rechte gewährt oder denen — worauf es hier aber nicht ankommt — Rechte entzogen oder Pflichten auferlegt werden.

Nun ist nach allgemeiner Rechtsauffassung und nach natürlicher Anschauung ein Recht, das ganz in den freien Willen des Schuldners gestellt ist, so daß dieser beliebig das Recht gewähren oder versagen kann, in Wirklichkeit kein Recht.

Dementsprechend hat der im Testamente Bedachte, wenn diese Zuwendung von dem freien Belieben des Belasteten abhängig gemacht ist, so daß dieser,

wie ihm freigestellt ist, die Zuwendung nach Belieben aufheben kann, bei Lebzeiten des Belasteten in Wahrheit kein Recht aus der Zuwendung. Dieser Bedachte ist daher bei Lebzeiten des Belasteten im Sinne des § 2262 kein Beteiligter. Er erlangt ein Recht erst mit dem Tode des Belasteten, wenn dieser die Zuwendung hat bestehen lassen. Hat der Belastete dagegen die Zuwendung aufgehoben, so hat der Bedachte niemals ein Recht aus der Zuwendung gehabt.

Diese Auslegung des Gesetzes entspricht auch der natürlichen Auffassung und den unterliegenden wirtschaftlichen Verhältnissen.

Ueberdies entspricht das Ergebnis im vorliegenden Falle auch nach der eigenen Feststellung des Nachlaßgerichts, die auch das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde legt, dem erkennbaren Willen der Erblasserin. Das Nachlaßgericht nimmt mit Recht an, daß es der stillschweigende, aber erkennbare Wille der Erblasserin gewesen ist, ihre überlebende Schwester nicht der peinlichen Empfindung auszusetzen, die für sie mit einer Mitteilung an die Bedachten ersichtlich verbunden gewesen wäre. Doch ist es nach den vorstehenden Ausführungen hier nicht erforderlich, festzustellen, ob und wieweit das Nachlaßgericht und Landgericht annehmen, der § 2263 entgegensteht. Jedenfalls verkennen und verletzen Nachlaßgericht und Landgericht den gesetzlichen Begriff der „Beteiligten“ im Sinne des § 2262 BGB.

Pflicht des Nachlaßgerichts, vor der Bestätigung einer im Erbauseinandersetzungsverfahren von den Erben getroffenen Vereinbarung, deren Rechtswirksamkeit zu prüfen, insbesondere dahin, ob die für die minderjährigen Erben erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung den Miterben durch die Pfleger mitgeteilt worden ist.

§§ 91, 93, 97 FGG.; §§ 1822, 1828, 1829 BGB.

Oberlandesgericht Colmar, 14. Februar 1912. — Bd. 12 S. 27.

Durch Beschluß des Amtsgerichts M. ist die Auseinandersetzung des Nachlasses des am 1. Januar 1910 verstorbenen Gastwirts Friedrich B. sowie der Gütergemeinschaft, die zwischen den Eheleuten Friedrich B. und Dorothea geb. K. bestanden hat, angeordnet und die Leitung des Verfahrens dem Notar K. übertragen worden. In dem Termine vom 27. September 1911 sind von den Beteiligten lediglich die Witwe Dorothea B. und der Franz N., letzterer als Pfleger des minderjährigen Edmund B., erschienen. Diese haben den Auseinandersetzungsplan festgestellt. Am 29. September 1911 hat Adolf M. als Pfleger des minderjährigen Ernst B. durch urkundliche Erklärung vor dem Notar seine Zustimmung erklärt. Beiden Pflegern ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu der Auseinandersetzung erteilt worden.

Im Dezember 1911 hat der Notar namens der drei vorgenannten Beteiligten den Antrag gestellt, den Auseinandersetzungsplan hinsichtlich der nichterschienenen Beteiligten gemäß §§ 91, 93 FGG. und § 34 AGzFGG. zu bestätigen.

Das Amtsgericht hat die Bestätigung versagt mit der Begründung, es sei zunächst der Nachweis zu erbringen, daß die vormundschaftsgerichtliche Ge=



nehmigung gemäß § 1829 BGB. seitens der Pfleger der Minderjährigen den übrigen Beteiligten mitgeteilt worden sei. Das Landgericht hat die hiergegen eingelegte Beschwerde zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Oberlandesgericht Colmar den Erfolg versagt. In den Gründen wird ausgeführt:

Es ist zwar zuzugeben, daß der im Auseinandersetzungsverfahren vom Gerichte zu erlassende Bestätigungsbeschluß im wesentlichen nur formale Bedeutung besitzt; indessen darf der Kreis der hiernach allein zu prüfenden Voraussetzungen nicht so eng gezogen werden, wie die Beschwerdeführer es tun wollen. Durch die Bestätigung soll festgestellt werden, daß von sämtlichen am Verfahren Beteiligten rechtswirksame Erklärungen, sei es ausdrücklich, sei es kraft der im § 91 Abs. 3 FGG. aufgestellten Versäumnisfolge abgegeben worden sind. Hierzu genügt es aber nicht, nur die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu prüfen, sondern es ist auch notwendig, nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Erklärungen auf ihre verbindliche Kraft hin zu untersuchen.

In dieser Hinsicht kommt es vor allem auf die Frage der Geschäftsfähigkeit des Erklärenden an sowie auf die Maßnahmen, die gesetzlich vorgeschrieben sind, damit die im Namen des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten abgegebenen Erklärungen rechtlich bedeutsam sind. Das Gericht hat daher in den Fällen, in denen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgeschrieben ist, den Nachweis dieser Genehmigung vor der Erteilung der Bestätigung zu verlangen. In der vorliegenden Erbauseinandersetzung sind zwei Minderjährige beteiligt; für die sie betreffenden Bestimmungen des Auseinandersetzungsplans ist sonach gemäß § 1822 Nr. 2 BGB. die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich, da die nach §§ 91, 93 FGG. erfolgende Auseinandersetzung vertragsmäßige Geltung, also die Bedeutung eines Erbteilungsvertrags hat (§ 97 FGG.).

Aber auch wenn die Genehmigung erteilt und dem Vormunde gegenüber erklärt ist (§ 1828 BGB.), so ist der genehmigte Vertrag noch nicht ohne weiteres wirksam geworden; denn wenn — wie im vorliegenden Falle — die Pfleger den Vertrag bereits vor der Erteilung der Genehmigung abgeschlossen haben, ist es nach § 1829 BGB. zur Rechtswirksamkeit gegenüber dem anderen Teile noch weiter erforderlich, daß ihm die Genehmigung durch die Pfleger mitgeteilt wird. Diese Mitteilung muß dem Gerichte vor dem Erlasse der Bestätigung nachgewiesen werden.

Nach den Angaben des Notars ist eine Mitteilung nicht ergangen. Da in dem Auseinandersetzungsplane vom 27. September 1911 und der Erklärung vom 29. September 1911 seitens der Erschienenen vereinbart worden ist, daß die Witwe B. die Mitteilung der Pfleger für die nicht erschienenen großjährigen Beteiligten entgegennehme und die Versäumnisfolge sich auch auf diesen Teil der Urkunde erstreckt, so ist zwar der Nachweis der Mitteilung an die Witwe B. insoweit genügend; aber auch dieser Nachweis ist nicht erbracht. Das Amtsgericht ist daher verpflichtet, seine Bestätigung so lange zu versagen, bis ihm der Nachweis der Mitteilung erbracht ist.

Zulässigkeit einer Kommanditgesellschaft, bei der eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung persönlich haftender Gesellschafter ist und bei der die Gesellschafter dieser Gesellschaft Kommanditisten sind.

§ 161 HGB.

Oberstes Landesgericht München, 16. Februar 1912. — Bd. 12 S. 28.

Durch Vertrag vom 30. Dezember 1911 wurde eine Kommanditgesellschaft unter der Firma „Portlandzement-Fabrik, Stein- und Kalkwerk August M., G. m. b. H. & Co." gegründet, deren persönlich haftender Gesellschafter die Gesellschaft mit beschränkter Haftung „Portlandzementfabrik, Stein- & Kalkwerk August M., G. m. b. H." ist und deren Kommanditisten die sämtlichen Gesellschafter dieser Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind. Der Antrag, die Kommanditgesellschaft ins Handelsregister einzutragen, wurde vom Registergericht abgewiesen. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht als unbegründet verworfen. Auf die weitere Beschwerde hat das bayerische oberste Landesgericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Verhandlung an das Registergericht zurückverwiesen und zwar nach Maßgabe folgender Gründe:

Mit dem Landgericht ist davon auszugehen, daß zwar die Kommanditgesellschaft zu dem Zwecke errichtet wurde, um die Steuerbelastung, die sich für Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus den Steuergesetzen vom 14. August 1910 ergibt, zu mindern, dieser Umstand aber eine Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags nicht begründen kann. Die Steuergesetze vom 14. August 1910 knüpfen die stärkere Belastung der Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit Steuer an das formale Moment, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorliegt. Wenn die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Erreichung des Zieles, das den Gegenstand der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bildet, eine neue Gesellschaft eingehen und dabei eine Gesellschaftsform wählen, bei der die Steuerbelastung geringer ist, so haben sie lediglich einen Weg beschritten, den die Steuergesetze selbst ihnen offen gelassen haben. Von einer bürgerlich rechtlichen Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags kann deshalb, weil er eine geringere Steuerbelastung bewirken will und bewirkt, nicht die Rede sein.

Dem angefochtenen Beschluß ist auch insofern zuzustimmen, als er die Anschauung des Registergerichts ablehnt, daß eine Kommanditgesellschaft jedenfalls nicht aus einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als persönlich haftendem Gesellschafter und den sämtlichen Gesellschaftern dieser Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Kommanditisten bestehen könne. Denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung besteht nicht nur in ihren Gesellschaftern, so daß sie sich nicht mit eben diesen Gesellschaftern zu einer neuen Gesellschaft verbinden könnte. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist vielmehr juristische Person, als solche ist sie ein eigenes, ihren einzelnen Mitgliedern selbständig gegenüberstehendes Rechtssubjekt, das nicht gehindert ist, mit diesen einzelnen Mitgliedern Rechtsgeschäfte jeder Art abzuschließen, also auch sich mit ihnen zu einer anderweitigen Gesellschaftsform zusammenzuschließen.

Die Entscheidung hängt hiernach davon ab, ob eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und folglich auch

Komplementär einer Kommanditgesellschaft sein kann. Diese Frage ist sehr bestritten. In der früheren Literatur und Rechtsprechung wurde sie überwiegend verneint. In der neueren Literatur wird sie meist bejaht. Aus der neueren Literatur stehen insbesondere Staub und Goldmann auf dem verneinenden Standpunkte. Dagegen bejahen die Frage die Kommentare zum GmbHG. von Staub-Hachenberg, Parisius-Crüger, Neukamp, die Kommentare zum HGB. von Makower und Brand.

Durch eine positive Gesetzesvorschrift ist die Teilnahme einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft nicht ausgeschlossen. Es kann sich daher nur darum handeln, ob sich der Ausschluß nicht aus der Verfassung oder dem Wesen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung ergibt. Der Ausschluß wird vom Landgerichte damit begründet, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht unter fremdem Namen im Rechtsverkehr auftreten könne und dies Voraussetzung der Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft sei. Allein die Fähigkeit, unter fremdem Namen im Rechtsverkehr aufzutreten, ist nicht Voraussetzung, sondern Wirkung der Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft. Obwohl also eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihr Unternehmen nur mit ihrer Firma bezeichnen darf, wird sie doch durch ihre Teilnahme an einer offenen Handelsgesellschaft oder als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft befähigt, sich in den Angelegenheiten dieser Gesellschaft der Firma derselben zu bedienen. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung behält nach wie vor nur ihre Firma, die Firma der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft steht ihr so wenig zu wie den anderen Teilhabern an der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft, bezeichnet vielmehr nur das Unternehmen, an dem die Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt ist.

Auch die übrigen in der Literatur für den Ausschluß geltend gemachten Gründe, denen sich der amtsgerichtliche Beschluß wenigstens andeutungsweise angeschlossen hat, sind nicht durchschlagend.

Dies gilt zunächst von der Behauptung, es sei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung wesentlich, daß der Vorstand jederzeit abberufen werden könne; sie müsse also eine Vertretung haben, die jederzeit dem Willen der Mehrheit unterliege; würde sie Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft oder Komplementär einer Kommanditgesellschaft, so sei der Gesellschafter, der diese vertrete, berechtigt, sie mitzuvertreten und ihr ganzes Vermögen zu engagieren, ohne daß sie in der Lage sei, diesen Vertreter zu entfernen, falls nicht Gründe vorhanden seien, die im Wesen der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft liegen. Der Geschäftsführer der Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann indessen, auch wenn diese Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ist, jederzeit abberufen werden. Daß die Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch die Rechtshandlungen, die der Vertreter der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft als solcher vornimmt, infolge ihrer Beteiligung an der offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft berechtigt und verpflichtet wird und sie daher insofern eine Vertretung erhält, auf die sie nicht denselben Einfluß ausüben kann, wie an

ihren Geschäftsführer als solchen, ist lediglich eine tatsächliche Folgeerscheinung einer derartigen Beteiligung.

Für den Ausschluß wird auch geltend gemacht, daß sich Widersprüche bezüglich der Bilanzvorschriften ergeben würden. Daß gewisse Verschiedenheiten in den Vorschriften über die Aufstellung der Bilanz bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegenüber der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft bestehen, ist richtig, dieser Umstand schließt aber die Beteiligung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht aus. Denn die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wird trotz ihrer Beteiligung an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft ihre Bilanz nach den für sie maßgebenden Vorschriften aufstellen, während die offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft dadurch, daß an ihr eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung beteiligt ist, nicht gehindert ist, für ihre Bilanzaufstellung die für sie maßgebenden Vorschriften anzuwenden. Verschiedenheiten im Ergebnisse der Bilanz, die sich hierdurch ergeben sollten, sind also nicht rechtlicher, sondern nur tatsächlicher Natur. Wenn endlich Gewicht darauf gelegt wird, daß bei den Teilhabern an einer offenen Handelsgesellschaft sowie bei dem Komplementär einer Kommanditgesellschaft das persönliche Moment, die persönliche Haftung, in den Vordergrund tritt, so würde diese Erwägung für den grundsätzlichen Ausschluß aller juristischen Personen von der Mitgliedschaft an einer offenen Handelsgesellschaft und der Teilnahme an einer Kommanditgesellschaft als Komplementär sprechen. Daß juristische Personen hiervon aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen sind, wird jetzt wohl fast allgemein anerkannt.

Es muß demnach die rechtliche Möglichkeit der Beteiligung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung an einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft anerkannt werden.

Die weitere Beschwerde erweist sich hiernach als begründet. In der Beschwerdeschrift ist angegeben, daß die beschwerdeführende Gesellschaft mit beschränkter Haftung ihren Gesellschaftsvertrag dahin geändert hat, daß nur die Verpachtung des früheren Gewerbebetriebs sowie die Vermietung ihres Fabrikanwesens Gegenstand ihres Unternehmens ist. Mit Rücksicht hierauf kann dahingestellt bleiben, ob Voraussetzung der Beteiligung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft ist, daß nicht beide Gesellschaften den gleichen Geschäftsbetrieb zum Gegenstande haben . . .

Unzulässigkeit einer Bestimmung, wonach ein Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in den den Grundstücks- und Hypothekenverkehr betreffenden Angelegenheiten allein, in allen anderen Fällen aber nur in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sein soll.

§ 125 Abs. 3, § 232 Abs. 2 HGB.; § 35, § 37 Abs. 2 GmbHG.

Kammergericht Berlin, 1. März 1912. — Bd. 12 S. 32.

Alleiniger Geschäftsführer der „C'er Brauerei Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ war der Brauereidirektor M. In der Gesellschafterversammlung vom 22. November 1911 wurde neben M. der bisherige Prokurist H.

zum Geschäftsführer bestellt. M. sollte berechtigt bleiben, für sich allein die Gesellschaft zu vertreten. Dagegen wurde hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des H. folgendes bestimmt: „H. vertritt die Gesellschaft in Gemeinschaft mit einem Prokuristen. In allen den Grundstücks- und Hypothekenverkehr betreffenden Angelegenheiten soll er jedoch berechtigt sein, auch allein — ohne Zuziehung eines Prokuristen — die Gesellschaft zu vertreten."

Die Eintragung dieser Bestimmung in das Handelsregister beanstandete das Registergericht. Die hiergegen erhobene Beschwerde der Gesellschaft wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt, und zwar aus folgenden Gründen:

Die gesetzlichen Vertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind nach § 35 Abs. 1 GmbHG., die Geschäftsführer. Mehrere Geschäftsführer sind in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags nur berechtigt, gemeinschaftlich die Gesellschaft zu vertreten. Diese sogenannte Gesamtvertretungsmacht (auch Kollektivvertretungsbefugnis genannt) ist keine beschränkte Vertretungsmacht. Vielmehr reichen die Befugnisse der Gesamtvertreter ebensoweit wie die des Einzelvertreters. Der Unterschied besteht nur darin, daß die Vertretungsmacht hier nicht von einer Einzelperson, sondern von mehreren Personen in gemeinsamer Tätigkeit ausgeübt wird.

Hiernach bezieht sich die Gesamtvertretungsmacht auf Rechtsgeschäfte aller Art in dem vollen Umfange, wie dies im § 35 Abs. 1. und § 37 Abs. 2 GmbHG. vorgesehen ist. Eine Beschränkung der Befugnis der Gesamtvertreter, die Gesellschaft zu vertreten, ist nach § 37 Abs. 2 unstatthaft. Es kann daher nicht bestimmt werden, daß die Gesamtvertretung sich nur auf gewisse Geschäfte oder Arten von Geschäften erstrecken oder nur unter gewissen Umständen oder für eine gewisse Zeit oder an einzelnen Orten stattfinden solle. Hiernach kann auch nicht, wie dies vorliegend in dem Gesellschafterbeschlusse vom 22. November 1911 vorgesehen ist, die Vertretung dahin geregelt werden, daß in allen den Grundstücks- und Hypothekenverkehr betreffenden Angelegenheiten der eine Gesamtvertreter Einzelvertretungsmacht haben, das Gesamtvertretungsverhältnis also nur für die übrigen Rechtsakte Bedeutung haben solle. Denn diese Art der Gestaltung der Befugnisse der Vertreter enthält, wie die Vorinstanzen mit Recht annehmen, eine unzulässige inhaltliche Beschränkung der Gesamtvertretung. Die Beschwerdeführerin irrt in der Annahme, daß es sich hierbei lediglich um eine Erweiterung der Vertragsmacht des regelmäßig nur gemeinschaftlich mit dem Prokuristen vertretungsberechtigten Geschäftsführers handele. Denn wenn auch durch diese Bestimmung die Vertretungsmacht des einen Gesamtvertreters erweitert und dieser für gewisse Geschäfte von den Fesseln der Mitwirkung des anderen Gesamtvertreters befreit wird, so wird doch auf der anderen Seite — und dies übersieht die Beschwerdeführerin — die Vertretungsmacht des nur gesamtvertretungsberechtigten Prokuristen insofern eingeschränkt, als seine Mitwirkung im Grundstücks- und Hypothekenverkehre nicht erforderlich ist, auf diesen Rechtsgebieten vielmehr der im übrigen auch nur mit Gesamtvertretungsmacht ausgestattete Geschäftsführer die Gesellschaft allein vertreten kann. Auf diese Weise wird also die Gesamtvertretung der Gesellschaft auf diejenigen Rechtsakte beschränkt, die nicht zu den den Grundstücks- und Hypothekenverkehr betreffenden Angelegenheiten gehören. Diese Art der Regelung der Vertretung läßt aber das Gesetz nicht zu. Diese

Ansicht wird auch in der Literatur fast allgemein vertreten. Die vorentwickelten Grundsätze gelten sowohl in dem Falle, wenn zwei Geschäftsführer zu Gesamtvertretern bestellt sind, wie auch dann, wenn, wie vorliegend, ein Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen zur Vertretung der Gesellschaft berufen ist. Allerdings ist im Gesetze, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die Befugnis der Gesellschaft, die Vertretung durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen anzuordnen, nicht ausdrücklich vorgesehen; sie wird aber unter entsprechender Anwendung des § 125 Abs. 3 und des § 232 Abs. 2 HGB. mit Recht allgemein für gegeben erachtet. Ist aber eine derartige Regelung der Vertretung erfolgt, so kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung, die zu beobachten sind, wenn zwei oder mehrere Geschäftsführer zu Gesamtvertretern der Gesellschaft berufen sind. Die uneingeschränkte Vertretungsmacht der Gesamtvertreter ist auch im Interesse der Verkehrssicherheit geboten. Denn wenn der eine Geschäftsführer für gewisse Rechtsakte nur mit Gesamtvertretungsmacht, für andere aber mit Alleinvertretungsbefugnis ausgestattet ist, so müssen die Personen, die mit ihm in Verkehr treten, in jedem einzelnen Falle prüfen, ob es sich um einen Akt handelt, der in den Bereich der Einzelvertretungsmacht des Geschäftsführers fällt oder nicht. Diese Prüfung kann mitunter im Ergebnisse zweifelhaft und ungewiß sein. Es können z. B. leicht Meinungsverschiedenheiten darüber entstehen, ob eine Angelegenheit im gegebenen Falle den Grundstücks- und Hypothekenverkehr, für den Alleinvertretungsbefugnis gilt, berührt oder nicht. Auch Behörden, z. B. Grundbuchrichter, Registerrichter u. dgl., die bei den zur Eintragung in die öffentlichen Bücher oder Register gelangenden Rechtsverhältnissen die Befugnisse der Vertreter der Gesellschaft mit beschränkter Haftung prüfen müssen, sind bei der von der Beschwerdeführerin vorgesehenen Art der Regelung der Vertretungsbefugnis gezwungen, in jedem einzelnen Falle darüber zu entscheiden, ob die Rechtslage die Vertretung der Gesellschaft durch den einen Gesamtvertreter zuläßt oder nicht. Die Sicherheit und Leichtigkeit des Geschäftsverkehrs würde daher beeinträchtigt werden, wenn die von der Beschwerdeführerin vorgesehene Regelung der Vertretungsmacht der Gesamtvertreter statthaft wäre.

Es können nun allerdings die mehreren Gesamtvertreter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Es handelt dann aber der in dieser Weise ermächtigte Gesamtvertreter nicht als solcher, sondern als Handlungsbevollmächtigter und seine Befugnis zur Alleinvertretung der Gesellschaft in solchen Fällen leitet sich stets von sämtlichen Gesamtvertretern ab; er ist dann also kein gesetzlicher Vertreter, sondern lediglich ein Bevollmächtigter, der auf Grund der Vollmacht der legitimierten Vertreter im Rechtsverkehr auftritt (vgl. KGJ. 20 A, 76). Auf solcher Ermächtigung beruht z. B. die Gültigkeit der von einem Gesamtvertreter abgeschlossenen Geschäfte einer gewissen Art, wie auf dem Gebiete des Börsenwesens oder des Verkehrs mit der Post u. dgl. Die Zulässigkeit einer solchen Vertretung der Gesellschaft durch einen Gesamtvertreter auf dem Wege der Erteilung einer Handlungsvollmacht ist zwar im Gesetze, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, nicht besonders hervorgehoben; sie ergibt sich aber aus der entsprechenden Anwendung des § 125 Abs. 2 Satz 2 und des § 232 Abs. 1

Satz 2 HGB. (vgl. RG. 48, 58). Das Reichsgericht hat allerdings in dem Urteile vom 1. Februar 1889 (RG. 24, 27) es sogar für zulässig erklärt, in einem Gesellschaftsvertrag, in welchem im allgemeinen eine Gesamtvertretung festgesetzt ist, anzuordnen, daß bestimmte Rechtsgeschäfte mit bestimmten Personen auch von den einzelnen Vertretern allein vorgenommen werden können. Ob dieser — für eine Kommanditgesellschaft ergangenen — Entscheidung auch für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaften mit beschränkter Haftung beigetreten werden könnte, bedarf nicht der Entscheidung. Denn im vorliegenden Falle soll der eine Gesamtvertreter gewisse Geschäfte ohne Einschränkung mit jedermann allein vornehmen dürfen, während das Reichsgericht in der angezogenen Entscheidung die Einzelvertretungsmacht des Gesamtvertreters nur dann für statthaft erachtet hat, wenn die Geschäfte mit bestimmten Personen vorgenommen werden sollen.

Nach alledem haben die Vorinstanzen die Eintragung des Gesellschafterbeschlusses mit Recht abgelehnt.

Unzulässigkeit eines Ordnungsstrafverfahrens gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft zwecks Herbeiführung der Berufung der Generalversammlung. Zulässigkeit der Beschwerde gegen eine im Ordnungsstrafverfahren nach unterlassenem Einspruch erfolgte Straffestsetzung, wenn die Beschwerde darauf gestützt wird, daß das Ordnungsstrafverfahren von vornherein unzulässig war.

§§ 132, 133, 139 FGG.; §§ 14, 246, 319, 325 HGB.

Kammergericht Berlin, 1. März 1912. — Bd. 12 S. 35.

Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft „D.er Aktienbierbrauerei Aktiengesellschaft" bestand infolge Ausscheidens zweier Mitglieder nur aus dem Rechtsanwalte P. Durch Verfügung vom 20. November 1911 gab das Registergericht dem Rechtsanwalte P. bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 100 M. auf, binnen einer Frist von einem Monate die Einberufung der Generalversammlung zwecks Wahl des Aufsichtsrats und Herbeiführung der Liquidation zu veranlassen oder die Unterlassung mittels Einspruchs zu rechtfertigen. Da P. innerhalb der ihm gesetzten Frist Einspruch nicht einlegte, setzte das Registergericht durch Beschluß vom 3. Januar 1912 die angedrohte Ordnungsstrafe gegen ihn fest und gab ihm gleichzeitig unter Androhung einer weiteren Ordnungsstrafe von 200 M. auf, die ihm durch die Verfügung vom 20. November 1911 aufgetragenen Handlungen vorzunehmen. Gegen die Festsetzung der Ordnungsstrafe legte Rechtsanwalt P. mit der Begründung sofortige Beschwerde ein, daß der Registerrichter die ihm, dem Beschwerdeführer, aufgetragenen Handlungen im Ordnungsstrafverfahren nicht erzwingen könnne und daher die Beschwerde trotz der Versäumung der Einspruchsfrist zulässig sei.

Das Landgericht wies die Beschwerde zurück. Auf die weitere Beschwerde des P. hat das Kammergericht die Entscheidungen der Vorderrichter aufgehoben.

In den Gründen ist ausgeführt:

In dem auf Grund des § 132 FGG. eingeleiteten Ordnungsstrafverfahren hat das Registergericht gemäß § 133 Abs. 1 die angedrohte Ordnungsstrafe

festzusetzen, wenn innerhalb der bestimmten Frist weder der gesetzlichen Verpflichtung genügt noch Einspruch erhoben ist. Ist eine Festsetzung der Strafe unter diesen Voraussetzungen erfolgt, so kann nach § 139 Abs. 2 die Beschwerde nicht darauf gestützt werden, daß die Verfügung, durch welche die Strafe angedroht worden ist, nicht gerechtfertigt gewesen sei. Denn zur Beseitigung der die Strafe androhenden Verfügung war der Einspruch bestimmt, und wenn der Beteiligte von diesem Rechtsbehelfe keinen Gebrauch gemacht hat, so kann er diejenigen Einwendungen, die er im Einspruchsverfahren hätte geltend machen können und sollen, nunmehr in dem gegen die Festsetzung der Ordnungsstrafe gerichteten Beschwerdeverfahren nicht mehr vorbringen. Jedoch ist bei dieser Einschränkung der Beschwerdebefugnis vorausgesetzt, daß die Strafandrohung als solche von vornherein gesetzlich zulässig gewesen ist und sich innerhalb des Rahmens der dem Registerrichter vom Gesetz eingeräumten Befugnisse bewegt hat. Dies folgt aus der Fassung des § 139 Abs. 2. Denn nach dieser Vorschrift ist die Beschwerde nur unter der Voraussetzung beschränkt, daß die Strafe nach Maßgabe des § 133, d. h. in einem Falle festgesetzt ist, in welchem der Registerrichter bei einem sein Einschreiten nach den §§ 14, 319 und dem § 325 Nr. 9 HGB. rechtfertigenden Sachverhalte das Ordnungsstrafverfahren eingeleitet hat. War aber das Ordnungsstrafverfahren von vornherein unzulässig und ist der Registerrichter gegen einen Beteiligten mit Ordnungsstrafen eingeschritten, obwohl ihn die angezogenen gesetzlichen Vorschriften zu einem solchen Vorgehen nicht ermächtigten, so kann die Vorschrift des § 139 Abs. 2 keine Anwendung finden und gegen die Verhängung der Ordnungsstrafe ist die Beschwerde ohne jede Einschränkung zulässig. Dieser Rechtsstandpunkt wird auch in der Literatur mit Recht vertreten.

Hiernach hängt die Entscheidung davon ab, ob der Registerrichter gesetzlich befugt war, dem Beschwerdeführer bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe die Einberufung der Generalversammlung zwecks Wahl des Aufsichtsrats und Herbeiführung der Liquidation aufzugeben. Solche Befugnis würde ihm nur dann zustehen, wenn sie ihm in den §§ 14, 319 und dem § 325 Nr. 9 HGB. eingeräumt worden wäre. Denn nach § 132 FGG. sind nur diese Gesetzesvorschriften als Grundlage für ein Ordnungsstrafverfahren verwendbar. Nach § 14 HGB. kann nun aber vom Registergerichte durch Ordnungsstrafen nur derjenige angehalten werden, der verpflichtet ist, eine Anmeldung, eine Zeichnung der Unterschrift oder eine Einreichung von Schriftstücken zum Handelsregister vorzunehmen. Eine solche, im § 14 näher gekennzeichnete Handlung kommt aber bei der Verpflichtung des Aufsichtsrats zur Einberufung einer Generalversammlung nicht in Frage. Ebensowenig aber läßt sich das Vorgehen des Registerrichters aus dem § 319 und dem § 325 Nr. 9 HGB. rechtfertigen. Denn nach diesen Vorschriften können nur die Mitglieder des Vorstandes oder die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft oder die persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Befolgung gewisser, im einzelnen bezeichneter Gesetzesbestimmungen durch Ordnungsstrafen angehalten werden. Dagegen bietet das Gesetz keine Möglichkeit, auch gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien mit Strafauflagen zwecks Erfüllung ihrer Obliegenheiten vorzugehen. Die Aufsichtsratsmitglieder können daher auch nicht vom Registerrichter im Ordnungsstrafverfahren gezwungen werden,

der ihnen im § 246 Abs. 2. HGB. auferlegten Verpflichtung nachzukommen und eine Generalversammlung zu berufen, wenn dies im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist.

Im vorliegenden Falle erweist sich übrigens die Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens auch um deswillen als unzulässig, weil der Aufsichtsrat zurzeit nur aus dem Beschwerdeführer besteht, also gar nicht in der Lage ist, in seiner Eigenschaft als Organ der Aktiengesellschaft, das nach § 243 Abs. 1 HGB. aus mindestens drei Mitgliedern zusammengesetzt sein muß, eine Generalversammlung der Gesellschaft rechtswirksam einzuberufen.

Nach alledem entbehrt das Ordnungsstrafverfahren des Registerrichters der gesetzlichen Grundlage.

Aenderung der Firma einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Streichung des Namens eines Gesellschafters ohne seine Zustimmung.

§§ 47, 53, 54 GmbHG.

Kammergericht Berlin, 8. März 1912. — Bd. 12 S. 37.

Die deutsche Kahneisengesellschaft St. & Co., Gesellschaft mit beschränkter Haftung, besteht aus zwei Gesellschaftern, dem Kaufmanne St. mit einer Stammeinlage von 10 000 M. und der offenen Handelsgesellschaft H. Z. mit einer Stammeinlage von 30 000 M. Als Geschäftsführer dieser Gesellschaft sind der Kaufmann St. und der Kaufmann W. eingetragen.

In der Gesellschaftsversammlung vom 15. September 1911, in der beide Gesellschafter anwesend oder vertreten waren, wurde gegen die Stimmen des St. beschlossen, ihn aus seinem Amte als Geschäftsführer sofort abzuberufen und die Firma in „Deutsche Kahneisengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung" abzuändern.

Unter dem 16. September 1912 beantragte der zur Alleinvertretung der Gesellschaft berechtigte Geschäftsführer W. die Eintragung der Firmenänderung und der Abberufung des St. in das Handelsregister. St. widersprach der Eintragung, weil seine Bestellung zum Geschäftsführer vertragsmäßig auf fünf Jahre erfolgt sei und durch die Firmenänderung sein Recht auf Weiterführung seines Namens in der Firma verletzt werde.

Das Registergericht lehnte darauf die Eintragung der Firmenänderung und der Abberufung des St. ab.

Die hiergegen von der Gesellschaft eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde der Gesellschaft hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Was zunächst die angemeldete Firmenänderung betrifft, so handelt es sich hierbei um die Anmeldung einer Abänderung des Gesellschaftsvertrags; denn die Firma gehört zum notwendigen Inhalte des Statuts, so daß ihre Aenderung stets auch zu einer Aenderung des Statuts führen muß. Nach § 53 Abs. 1 GmbHG., kann eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags nur durch Beschluß der Gesellschafter erfolgen und nach § 53 Abs. 2 bedarf dieser Beschluß einer Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag noch andere Erfordernisse aufstellt. Da vorliegend

im Gesellschaftsvertrag über das Zustandekommen von Statutenänderungsbeschlüssen nichts Besonderes bestimmt ist, so bewendet es bei der gesetzlichen Vorschrift, wonach eine Mehrheit von drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen für eine Satzungsänderung erforderlich und ausreichend ist. Gemäß § 47 Abs. 2 a. a. O. wird bei den Versammlungen der Gesellschafter nicht nach Köpfen, sondern nach Geschäftsanteilen derart abgestimmt, daß je 100 M. eines Geschäftsanteils eine Stimme gewähren (RJA. 10, 262).

Da die Gesellschafterin H. Z. mit 300 Stimmen, die ihrem Geschäftsanteile von 30 000 M. entsprechen, für die Firmenänderung und der Gesellschafter St. mit 100 Stimmen, die seinem Geschäftsanteile von 10 000 M. entsprechen, gegen die Aenderung stimmten, so war der Beschluß der Firmenänderung mit einer Mehrheit von genau drei Vierteilen der abgegebenen Stimmen rechtswirksam zustande gekommen. Die Annahme der Vorinstanzen, daß der Beschluß das Sonderrecht des Gesellschafters St. auf Beibehaltung seines Namens in der Firma verletzt habe, ist nicht zutreffend. Denn kein Gesellschafter, dessen Name in der Firma enthalten ist, hat ein Recht darauf, daß ohne seine Zustimmung sein Name niemals aus der Firma beseitigt werden darf, es sei denn, daß ihm ein solches Recht ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag od. sonst eingeräumt worden wäre. Daß aber dem St. ein solches Recht besonders zugestanden worden wäre, ist weder von diesem selbst behauptet noch auch von den Vorinstanzen angenommen worden. St. ist deshalb nicht berechtigt, dem Gesellschafterbeschlusse, der die Firma durch Fortlassung seines Namens geändert hat, zu widersprechen. Daraus folgt aber weiter, daß der Registerrichter, bei dem nach § 54 Abs. 1 GmbHG. die Firmenänderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist, die Eintragung wegen dieses vermeintlichen Sonderrechts des Gesellschafters nicht ablehnen darf . . . .

Das Kammergericht führt dann weiter aus, daß auch die Abberufung des Gesellschafters St. aus seinem Amte als Geschäftsführer in der Versammlung vom 15. September 1911 rechtswirksam beschlossen worden sei. Ein Sonderrecht des St., als Geschäftsführer noch weiter im Amte belassen zu werden, habe nicht bestanden. Denn nach der von den Vorinstanzen nicht beachteten Vorschrift des § 38 Abs. 1 GmbHG., sei die Bestellung der Geschäftsführer zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen. Nur das Statut könne gemäß § 38 Abs. 2 der Widerruflichkeit Schranken setzen. Eine solche, das freie Widerrufsrecht einschränkende Bestimmung finde sich aber im Statute der Gesellschaft nicht.

Bestellung eines Geschäftsführers für eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch das Amtsgericht; Zulässigkeit der Bestellung eines Gesellschafters als Geschäftsführers.

§ 29 BGB.

Kammergericht Berlin, 8. März 1912. — Bd. 12 S. 39.

In der Gesellschafterversammlung der Saug- und Preßluft-Industrie-Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 30. Dezember 1911 wurde der bisherige Geschäftsführer S. aus seinem Amte abberufen. Der von einem Gesellschafter gestellte Antrag, den Gesellschafter H. zum Geschäftsführer zu bestellen, wurde abgelehnt. Nunmehr beantragten die Gesellschafter A., B., H.

und S. beim Registergerichte, den H. gemäß § 29 BGB. zum Geschäftsführer zu bestellen. Das Amtsgericht bestellte darauf den Kaufmann B. zum Geschäftsführer der Gesellschaft bis zur Bestellung eines Geschäftsführers durch die Gesellschafter.

Hiergegen legten die vorgenannten vier Gesellschafter mit dem Antrage Beschwerde ein, den Gesellschafter H. zum Geschäftsführer zu bestellen. Das Landgericht wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, daß die Bestellung eines der Gesellschafter nur beim Vorhandensein der statutenmäßigen Mehrheit oder nur im Falle der „dringendsten Notwendigkeit" erfolgen dürfe. Auf die weitere Beschwerde der vier Gesellschafter hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Landgericht zurückverwiesen.

Daß die Vorschrift des § 29 BGB. auch auf die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Anwendung findet, wird allgemein angenommen (RJA. 3, 25). Das Landgericht nimmt auch weiter mit Recht an, daß die Voraussetzungen des § 29 vorliegend gegeben sind. Wenn es aber meint, daß es einen Gesellschafter auf Grund dieser Gesetzesvorschrift nur dann zum Geschäftsführer bestellen dürfe, wenn dieser die satzungsgemäße Mehrheit für seine Wahl gefunden habe oder die dringendste Notwendigkeit der Bestellung gerade eines Gesellschafters vorliege, so ist diese Ansicht rechtsirrtümlich. Das Gericht, das von der ihm im § 29 BGB. eingeräumten Befugnis Gebrauch macht, ist völlig frei in der Wahl der für das Amt eines Geschäftsführers in Aussicht genommenen Persönlichkeit. Es ist auch nicht gehindert, einen der Gesellschafter zum Geschäftsführer zu bestellen. Dabei ist es ohne Belang, ob dieser Gesellschafter die zu seiner Wahl zum Geschäftsführer erforderliche Mehrheit gefunden hat oder nicht. Tritt eine derartige Mehrheit für seine Bestellung ein, so wird es einer Angehung des Amtsgerichts überhaupt nicht bedürfen, da dann die Gesellschaft selbst einen Geschäftsführer bestellt hat. Das Amtsgericht wird vielmehr gerade in solchen Fällen um Bestellung eines Geschäftsführers angegangen, in denen es nicht gelungen ist, in den Gesellschafterversammlungen die erforderliche Mehrheit für die Wahl eines Geschäftsführers zusammenzubringen. Nicht selten wird es dann zur Bestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer kommen müssen, nämlich wenn ein zur Uebernahme des Amtes geeigneter und bereiter Nichtgesellschafter nicht zu finden ist oder auch wenn die Interessen der Gesellschaft die Bestellung gerade eines Gesellschafters erfordern. Die Entscheidung des Landgerichts, welche die vorstehenden Rechtsgrundsätze über die Auswahl des von Amts wegen zu bestellenden Geschäftsführers verkannt hat, mußte daher aufgehoben werden.

Beendigung des Amtes als Mitglied des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft. Ordnungsstrafverfahren wegen unterlassener Bekanntmachung der Beendigung.

§§ 14, 244, HGB., §§ 132 ff. FGG.

Kammergericht Berlin, 15. März 1912. — Bd. 12 S. 40.

Am 21. Juli 1911 überreichte das Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft vormals B. & Co., Direktor H., dem Registergericht eine schriftliche eidesstatt-

liche Versicherung des Aufsichtsratsmitglieds B. vom 20. Juli 1911, daß dieses bereits vor mehreren Monaten der Gesellschaft die Niederlegung seines Amtes schriftlich angezeigt habe und deshalb der Aufsichtsrat nur noch aus zwei Mitgliedern bestehe. Er führte ferner in einem Schriftsatze vom 20. Juli 1911 aus, daß B. ausgeschieden und infolgedessen der Aufsichtsrat beschlußunfähig sei, weil er nur noch aus zwei Mitgliedern bestehe. Auf Grund dieser Anzeigen gab das Registergericht durch Verfügung vom 20. Oktober 1911 dem Vorstande der Aktiengesellschaft, Direktor H., auf, binnen zwei Wochen zur Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 200 M. entweder diejenige Reichsanzeigerbeilage zu den Akten einzureichen, in welcher der Vorstand bekannt gemacht hat, daß das Aufsichtsratsmitglied B. aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden ist, oder die Unterlassung mittels Einspruchs zu rechtfertigen. H. erhob rechtzeitig Einspruch mit der Begründung, er stände zwar auf dem Standpunkte, daß B. infolge seiner Austrittserklärung aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden sei, hätte sich aber nicht für befugt gehalten, das Ausscheiden aus dem Aufsichtsrat in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen, da in den Kreisen der Verwaltung der Aktiengesellschaft darüber Zweifel bestanden hätten, ob B. einen wichtigen Grund zur Niederlegung seines Amtes gehabt habe. Ein wichtiger Grund zur Amtsniederlegung sei aber erforderlich, weil nach § 14 des Statuts der Gesellschaft die Mitglieder des Aufsichtsrats neben Tantieme ein festes Gehalt bezögen. Er habe deshalb von einer Veröffentlichung des Austritts abgesehen in dem Glauben, eine Entscheidung der demnächst zu berufenden Generalversammlung abwarten zu müssen. Das Registergericht verwarf den Einspruch unter Festsetzung einer Ordnungsstrafe von 200 M. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte verworfen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen enthalten insofern eine Gesetzesverletzung, als der § 244 HGB. nicht richtig angewandt ist. Nach dieser Vorschrift hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft jede Aenderung in den Personen der Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich in den Gesellschaftsblättern bekannt zu machen und die Bekanntmachung zum Handelsregister einzureichen. Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des § 244 ist demnach vor allem der Eintritt einer Aenderung in dem Mitgliederbestande des Aufsichtsrats. Das trifft aber nur dann zu, wenn endgültig feststeht, daß das Vertragsverhältnis zwischen einem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft beendet ist. Hiergegen hat das Registergericht, dem sich das Landgericht angeschlossen hat, verstoßen, indem es sich unrichtigerweise damit begnügt hat, darzulegen, daß die beiden Vorstandsmitglieder und das Aufsichtsratsmitglied C. das Ausscheiden des B. aus dem Aufsichtsrate für rechtswirksam erachtet hätten. Nicht auf subjektive Auffassung dieser Personen über das Ausscheiden des Aufsichtsratsmitglieds kommt es an, vielmehr bedarf es der objektiven Feststellung der Tatsachen, aus denen das vermutliche Ausscheiden des B. gefolgert wird. Nur wenn tatsächlich das Verhältnis des Aufsichtsratsmitglieds zu der Gesellschaft gelöst ist, kommt die Anwendbarkeit des § 244 HGB. in Betracht. Die Entscheidung der Frage aber, ob die Lösung dieses Verhältnisses stattgefunden hat, erfordert

ein näheres Eingehen auf das Vertragsverhältnis, das zwischen dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft bestanden hat. Die Amtsniederlegung kennzeichnet sich als eine Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist und ist als solche eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Ob sie überhaupt zulässig und wann sie gerechtfertigt ist, bestimmt sich nach dem Vertragsverhältnisse zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern des Aufsichtsrats. Das Gesetz selbst verhält sich nicht über die Niederlegung des Amtes eines Aufsichtsratsmitglieds. Das Handelsgesetzbuch behandelt vielmehr die Rechtsbeziehungen zwischen Aufsichtsrat und Aktiengesellschaft nur insoweit, als seine Natur als Organ, sein Wirken in dieser Eigenschaft und die Folgen des letzteren in Betracht kommen. In Ermangelung besonderer handelsrechtlicher Bestimmungen muß aber das Verkehrsverhältnis zwischen den Aufsichtsratsmitgliedern und der Gesellschaft, das mit der Annahme der von der Generalversammlung vollzogenen Wahl durch die gewählten Mitglieder zur Entstehung gelangt, nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs beurteilt werden, sofern die Wahl und die Annahmeerklärung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgt sind (Art. 2 EG. z. HGB.). Als Vertragsarten kommen herbei nur Auftrag und Dienstvertrag in Frage (KGJ. 29 A 98). Geschieht die Uebernahme des Ansfichtsratsamts, die auf eine Geschäftsbesorgung abzielt, nach den Statuten der Gesellschaft unentgeltlich, so liegt Auftrag vor (§ 662 BGB.), in anderem Falle ist ein Dienstvertrag anzunehmen (§§ 661, 675 BGB.). Demgemäß sind auch die Voraussetzungen verschieden, unter denen das Aufsichtsratsmitglied sein Amt sofort niederlegen kann. Ist das Vertragsverhältnis als Auftrag anzusehen, so kann das Aufsichtsratsmitglied nach § 671 BGB. jederzeit sein Amt niederlegen; es macht sich nur schadensersatzpflichtig, wenn es von seinem Rechte ohne wichtigen Grund zur Unzeit Gebrauch macht (§ 671 Abs. 2 BGB.). Die Kündigung aber, die sowohl gegenüber dem Vorstand als auch gegenüber dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats (RG. 13, 50) erklärt werden kann, ist auch ohne wichtigen Grund zulässig und derart wirksam, daß mit dem Zugehen der Niederlegungserklärung (§ 130 BGB.) an den Erklärungsgegner die Beendigung des Vertragsverhältnisses endgültig feststeht. Das Aufsichtsratsmitglied ist nunmehr ausgeschieden und damit ist die Grundlage für die Anwendbarkeit des § 244 HGB. geschaffen.

Anders ist jedoch die Rechtslage beim Vorliegen eines Dienstvertrags, d. h. bei einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung. In diesem Falle ist zu unterscheiden, ob ein dauerndes Dienstverhältnis vorliegt oder ob nur eine vorübergehende Beschäftigung ohne feste Bezüge stattfindet. In letzterem Falle konnte das Dienstverhältnis gleichfalls nach § 627 BGB. einseitig gekündigt werden. Im ersteren Falle, der in der Regel bei dem Amte der Aufsichtsratsmitglieder vorliegen wird, kann das Aufsichtsratsmitglied sein Amt nur dann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist niederlegen, wenn ein wichtiger Grund vorhanden ist (§ 626 BGB.). Allerdings ist eine statutenmäßige Vereinbarung dahin, daß das Aufsichtsratsmitglied auch ohne solchen Grund seinen Dienst jederzeit verlassen könne, zulässig. Fehlt es aber an einer solchen Abrede, so ist das Aufsichtsratsmitglied zur einseitigen Kündigung des Dienstverhältnisses nur beim Vorhandensein eines wichtigen Grundes befugt. Liegt ein solcher nicht vor, so läßt die Niederlegungserklärung das Vertragsverhältnis zwischen

dem Aufsichtsratsmitglied und der Gesellschaft unberührt, sofern nicht etwa die Generalversammlung die Niederlegung genehmigt. Das Mitglied bleibt in einem solchen Falle im Amte, eine Aenderung des Mitgliederbestandes des Aufsichtsrats tritt nicht ein. Nur wenn die Niederlegungserklärung gerechtfertigt ist, beendet sie das Vertragsverhältnis, und nur dann ist für die Anwendung des § 244 HGB. Raum.

Nach dem Vorstehenden wird es zunächst auf die Feststellung ankommen, ob nach dem Gesellschaftsstatute die Tätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder eine entgeltliche oder unentgeltliche ist. Liegt Entgeltlichkeit der Geschäftsführung vor, was hier wahrscheinlich ist, so wird das Registergericht zu prüfen haben, ob B. tatsächlich in rechtswirksamer Weise aus dem Aufsichtsrat ausgeschieden ist. In jedem Falle wird auch aufzuklären sein, wem gegenüber die Amtsniederlegung erklärt ist.

Da es hiernach noch weiterer tatsächlicher Feststellungen bedarf, ehe die Voraussetzungen für ein Einschreiten des Registergerichts aus §§ 14, 244 HGB., §§ 132 ff. FGG. erfüllt sind, müssen beide Vorentscheidungen aufgehoben werden. Zugleich ist die Zurückverweisung der Sache an das Gericht erster Instanz auszusprechen.

Löschung einer offenen Handelsgesellschaft, die wegen Vorliegens eines nur handwerksmäßigen Betriebs zu Unrecht eingetragen ist; Unzulässigkeit eines Ordnungsstrafverfahrens zur Herbeiführung der Löschung.

§§ 4, 5, 14, 31, 156, 157 HGB., §§ 132, 142 FGG.

Oberlandesgericht Jena, 30. März 1912. — Bd. 12 S. 46.

Der Böttchermeister Robert S. betrieb ein Faßfabrikationsgeschäft unter seinem bürgerlichen Namen. Eine Firma hat er nicht eintragen lassen. Nach seinem Tode im Juli 1908 schlossen seine Erben, die Witwe mit den Kindern, eine offene Handelsgesellschaft zum Zwecke des gemeinschaftlichen Betriebes des ererbten, auch jetzt noch ungeteilten Geschäfts unter der bisherigen Firma Robert S. Im Januar 1909 ist die offene Handelsgesellschaft Robert S. ins Handelsregister eingetragen worden. Auf Anregung der Handelskammer gab das Registergericht im Dezember 1911 den Geschäftsinhabern unter Androhung einer Ordnungsstrafe auf, das Erlöschen der Firma zur Eintragung anzumelden, weil das Geschäft über den Umfang des Handwerkes nicht hinausgehe. Den erhobenen Einspruch verwarf das Registergericht und setzte die angedrohte Ordnungsstrafe fest. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Landgericht zurück. Auf die weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht Jena die Vorentscheidungen aufgehoben und die Sache zu neuer Behandlung an des Registergericht verwiesen, und zwar aus folgenden Gründen.

Das Landgericht hat festgestellt, daß von vornherein ein handwerksmäßiger Betrieb vorliege. Nach § 4 HGB. findet auf diesen Betrieb das Firmenrecht keine Anwendung und kann keine offene Handelsgesellschaft durch Vereinigung zu diesem Betriebe begründet werden. Die Eintragung der offenen Handelsgesellschaft mit der Firma Robert S. ins Handelsregister war also unzulässig.

Der Einwand der Beschwerdeführer, die einmal eingetragene Firma dürfe fortgeführt werden, solange ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden sei, ist unbegründet. Ihm liegt der richtige Gedanke zugrunde, daß eine aufgelöste

offene Handelsgesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation, also so lange noch ungeteiltes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, als fortbestehend gilt und die Firma der offenen Handelsgesellschaft erst nach der Beendigung der Liquidation erlischt (§§ 156, 157 HGB.). Der Fall, daß eine offene Handelsgesellschaft sich aufgelöst habe oder kraft Gesetzes aufgelöst sei, liegt nicht vor. Es ist niemals eine offene Handelsgesellschaft begründet worden. Nach § 5 HGB. ist zwar durch die Eintragung eine Vermutung der Uebereinstimmung des Registers mit der Wirklichkeit entstanden: die Beschwerdeführer können gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend machen, daß eine offene Handelsgesellschaft nicht zustande gekommen sei. Aber diese Vermutung greift nur in den privatrechtlichen Beziehungen der Gesellschaft Platz, sie gilt nicht gegenüber dem Registergerichte, das im Gegenteil die unrichtige Eintragung im geordneten Verfahren zu löschen berufen ist.

Die Beschwerdeführer berufen sich zur Begründung ihres Standpunkts auf die Entscheidung des Kammergerichts vom 4. November 1910 (RJA 11, 42) Dort ist ausgeführt, daß eine offene Handelsgesellschaft aus dem Grunde, daß ihr Betrieb auf den Umfang des Kleingewerbes zurückgegangen sei, nicht zu löschen sei; das Herabsinken des Betriebes auf den Umfang des Kleingewerbes führe zwar die Auflösung der Handelsgesellschaft herbei, aber damit sei nach den im Vorstehenden erwähnten Grundsätzen des Handelsgesellschaftsrechts (§§ 156, 157 HGB.) die Gesellschaft noch nicht untergegangen, die Firma noch nicht erloschen. Die Entscheidung paßt nicht auf den vorliegenden Fall. Sie bezieht sich auf eine zu Recht bestehende und eingetragene offene Handelsgesellschaft, die durch das Herabsinken zur Auflösung kommt und für deren Liquidation die §§ 145 fg. HGB. gelten. Im vorliegenden Falle kann aber, weil eine offene Handelsgesellschaft von vornherein nicht entstanden ist, von deren Auflösung nicht die Rede sein.

Aus einem andern Grunde ist der weiteren Beschwerde stattzugeben. Das Registergericht hat ein Ordnungsstrafverfahren zur Erzwingung der Anmeldung des Firmenerlöschens nach § 132 FGG. eingeleitet. Das ist hier nicht zulässig. Der § 142 FGG. weist den Weg, auf welchem eine unzulässige Eintragung von Amts wegen zu löschen ist. Der Unterschied der beiden Verfahrensarten ist erheblich, da der § 142 FGG. von Ordnungsstrafen absieht und es in das Ermessen des Registergerichts stellt, ob es die Löschung von Amts wegen betreiben will.

Das Ordnungsstrafverfahren nach § 132 FGG. setzt voraus, daß jemand verpflichtet ist, eine Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen (§ 14 HGB.). Ueber die Anmeldepflicht handelt der § 31 HGB. Danach hat der Geschäftsinhaber die Aenderung seiner Firma und ihr Erlöschen anzumelden. Diese Vorschrift bezieht sich nur auf rechtmäßig eingetragene Firmen. Ist eine Firma zu Unrecht eingetragen, so kann sie nicht geändert werden, kann sie nicht erlöschen. Für sie kommen die besonderen Bestimmungen über die Löschung unzulässiger Eintragungen zur Anwendung. Diese finden sich, abgesehen von dem hier in Frage kommenden Sonderfalle des § 144, in dem § 142 FGG. Nach dieser Vorschrift mußte das Registergericht, wenn es von seiner Befugnis, zu löschen, Gebrauch machen wollte, vorgehen.

Begriff des Kaufmanns. Abschluß der Geschäfte im Namen des Geschäftsinhabers; Absicht, die Gläubiger zu täuschen.

§ 1 HGB.

Oberlandesgericht Karlsruhe, 28. März 1912. — Bd. 12 S. 43.

Im August 1911 eröffnete das Registergericht den Eheleuten Pf., ihm sei zur Kenntnis gekommen, daß — obgleich Otto Pf. als Inhaber der Firma Otto Pf. im Handelsregister eingetragen sei — das unter dieser Firma betriebene Geschäft auf Rechnung der Ehefrau Pf. betrieben werde, so daß sie Inhaberin des Geschäfts sei. Das Registergericht forderte die Eheleute Pf. auf, bei Vermeiden einer Ordnungsstrafe von 20 M. binnen 10 Tagen diese Tatsache zum Handelsregister anzumelden oder die Unterlassung mittels Einspruchs zu rechtfertigen. Die Eheleute Pf. legten rechtzeitig Einspruch ein, indem sie geltend machten, der Ehemann Otto Pf. führe das Geschäft allein nach wie vor auf seine Rechnung weiter, ihm falle auch der Geschäftsgewinn zu. In einer notariellen Urkunde vom 11. November 1909 hätten die Eheleute Pf. einen Ehevertrag errichtet, wonach das eingebrachte Gut der Ehefrau als Vorbehaltsgut erklärt wurde, auf welches die Vorschriften der §§ 1381, 1382 BGB. anzuwenden seien. Ferner hätten die Eheleute einen Sicherungsübereignungsvertrag geschlossen. Durch diese beiden Verträge werde aber der Bestand des Geschäfts nicht berührt, der Mann sei Inhaber des Geschäfts geblieben. Ein Handelsgewerbe könne auch mit fremden Mitteln betrieben werden.

Das Registergericht verwarf den Einspruch und sprach die angedrohte Strafe aus. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte mit der Begründung zurückgewiesen, der Ehemann Otto Pf. könne nur dann Inhaber der Firma sein, wenn er ein Handelsgeschäft betreibe, denn nur dann sei er Kaufmann. Hierzu gehöre, daß die Geschäfte in seinem Namen abgeschlossen werden. Es sei zwar nicht erforderlich, daß die Geschäfte auch für Rechnung dessen gehen, in dessen Namen sie abgeschlossen werden, und daß ihm somit der Ertrag zukomme; es sei deshalb an sich denkbar, daß jemand ein Handelsgewerbe betrieben und dann das Geschäft auf einen anderen übertragen hat, ohne den Inhaberwechsel in das Handelsregister eintragen zu lassen; aber es dürfe dies niemals zur Umgehung des Gesetzes und in Täuschungsabsicht geschehen. Im vorliegenden Falle sei nun der angebliche Firmeninhaber Otto Pf. vollständig vermögenslos und habe den Offenbarungseid geleistet. Das Geschäft, das er unter der genannten Firma betrieben, habe er vollständig auf seine Frau übertragen. Daß er ihr nicht nur die vorhandenen und zukünftigen Waren, sondern auch alle Forderungen aus dem Geschäft übertragen hat und daß ihr der Geschäftsgewinn zukommt, ergebe sich unzweideutig aus der Erklärung des Mannes im Offenbarungseidverfahren. In seinem Vermögensverzeichnisse habe er erklärt, daß nicht nur sämtliche Fahrnisse, sondern auch das Geschäft Eigentum der Frau seien. Deshalb erscheine der Mann lediglich als Handlungsgehilfe seiner Frau, welche die Geschäftsinhaberin sei.

Auf die weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht Karlsruhe die Vorentscheidungen aufgehoben. In den Gründen ist ausgeführt:

Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, daß für die Entscheidung maßgebend die Beantwortung der Frage ist, ob Otto Pf. Kaufmann und Inhaber der Firma Otto Pf. ist, und daß, sofern diese Frage zu verneinen ist, die Entscheidung des Registergerichts zutreffend erscheint (§§ 1, 17, 14, 29, 31 HGB., §§ 125, 132 ff. FGG.).

Das Landgericht nimmt auch in Uebereinstimmung mit der Rechtslehre und der Rechtsprechung der obersten Gerichte an, für die Kaufmannseigenschaft des Otto Pf. sei maßgebend, ob er seine Geschäfte im eigenen Namen abschließt, nicht, ob er sie auf eigene Rechnung abschließt. Aus den weiteren Ausführungen des Landgerichts ergibt sich auch, daß das Landgericht annimmt, Otto Pf. schließe seine Geschäfte im eigenen Namen ab, und daß das Landgericht ihn gleichwohl nicht als Kaufmann und nicht als den in das Handelsregister einzutragenden Inhaber der Firma Otto Pf. ansieht, weil es zwar an sich denkbar sei, daß jemand ein Handelsgewerbe getrieben und dann das Geschäft auf einen anderen übertragen hat, ohne den Inhaberwechsel in das Handelsregister eintragen zu lassen, dies aber nicht zu Umgehung des Gesetzes und in Täuschungsabsicht geschehen dürfe.

Diese Ausführung des Beschwerdegerichts ist nicht frei von Rechtsirrtum. Denn Inhaber des Geschäfts und deshalb Kaufmann ist nur derjenige, in dessen Namen die einzelnen Geschäfte abgeschlossen werden. Das Geschäft wird (sofern der bisherige Inhaber nicht aufhört, im eigenen Namen Handelsgeschäfte abzuschließen) nicht dadurch auf einen anderen, etwa auf die Ehefrau übertragen, daß seine Aktiva, die Waren, die Außenstände und sogar der Anspruch auf den Geschäftsgewinn auf einen anderen übertragen werden; dabei macht es aber auch keinen Unterschied, in welcher Absicht die Uebertragung stattgefunden hat. Diese mit der Auffassung des Landgerichts in Widerspruch stehende Rechtsansicht wird mit besonderer Schärfe zum Ausdruck gebracht von Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, (7.) 1, 21:

„Es ist also mit dem Kaufmannsbegriffe nicht bloß verträglich, daß der Kaufmann in seinem Geschäfte gar nicht arbeitet, vielmehr andere für sich arbeiten läßt (Betrieb durch fremde Arbeit), sondern auch, daß Geld und Waren, mit denen das Geschäft geführt wird, anderen gehören (Betrieb mit fremden Mitteln) und daß der Gewinn eines Geschäfts einem anderen abgetreten, der Verlust dieses Geschäfts von eben diesem anderen erstattet werden muß (Betrieb für fremde Rechnung). Ja diese dreifache Art der Entfremdung zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Geschäfte kann gleichzeitig stattfinden, allgemein bekannt sein, und doch gilt nur der Namengeber, nicht der „andere" als Kaufmann. Freilich mag das Gesetz eine derartige Schiebung mißbilligen oder für anfechtbar erklären oder mit Strafe bedrohen. Aber daß die Schiebung deshalb völlig nichtig, daß nicht der Namengeber, sondern der versteckte Hintermann als Kaufmann gelten müsse, läßt sich nicht behaupten. Dies ist vielmehr nur der Fall, wenn die Schiebung auf einem reinen Scheingeschäfte beruhen sollte."

Gleicher Ansicht sind im wesentlichen: Staub, Lehmann-Ring, Düringer-Hachenburg, Brand, Goldschmidt, Gareis, Ritter, Makower, OLGRpr. 8, 248; 3, 406; RG. 37, 61. Der vorliegende Fall ist nicht gleichgelagert mit denjenigen, in welchen festgestellt wird, daß das Geschäft für den angeblichen Firmeninhaber „in keinem Sinne betrieben wird" (RG. 37, 61; 3,

120); bei den Geschäftsabschlüssen des Otto Pf. ist dieser vielmehr gerade darauf aus, daß den Gläubigern gegenüber er allein, nicht seine Ehefrau Verbindlichkeiten übernimmt, denn er will ja, wie aus den Feststellungen des Landgerichts zu entnehmen ist, gerade dadurch die Gläubiger täuschen und sich seinen Verbindlichkeiten entziehen, daß er Geschäfte abschließt und die Gläubiger dabei im unklaren darüber läßt, daß die Aktiven des Geschäfts Eigentum der Ehefrau geworden sind; von einer Täuschungsabsicht könnte nicht gesprochen werden, wenn er die Geschäfte nicht im eigenen Namen und nicht mit der beabsichtigten Wirkung, selbst allein aus diesen Geschäften verpflichtet zu werden, abschließen würde. Ein solches Geschäftsgebaren wird von dem Gesetze zwar mißbilligt, es hindert aber nicht, daß Otto Pf., wie bisher, im Handelsregister als Inhaber der Firma eingetragen bleibt; die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Handelsregisters fehlen; über die Vermögensverhältnisse des Firmeninhabers Auskunft zu geben, ist nicht Zweck des Handelsregisters; die Interessen der Gläubiger gegenüber den von dem Landgerichte festgestellten Schiebungen des Otto Pf. zu wahren, sind bestimmt das öffentliche Verzeichnis derjenigen Personen, welche den Offenbarungseid geleistet haben (§ 915 ZPO.), event. das Güterrechtsregister (§§ 1435, 1558 BGB.), das Anfechtungsgesetz und geeignetenfalls die einschlägigen Bestimmugen des Strafgesetzbuchs.

Die angefochtenen Entscheidungen mußten deshalb aufgehoben werden.

Erweiterung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft, an der ein Mündel beteiligt ist; Entbehrlichkeit einer Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts.

§§ 1822, 1823 BGB.

Kammergericht Berlin, 3. Mai 1912. — Bd. 12 S. 48.

Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft M. & R. sind der Regierungsrat M., der Chemiker R. und die minderjährige M. T. Das Vermögen der minderjährigen M. T. ist der Verwaltung und Nutznießung ihres Vaters entzogen. Zum Pfleger des Kindes ist der Justizrat S., zum Gegenvormunde der Stadtdirektor T. bestellt.

Am 31. Oktober 1911 meldeten die Gesellschafter R. und M. zum Handelsregister an, daß die Vertretungsbefugnis des Gesellschafters M. dahin geändert sei, daß er befugt sei, die Gesellschaft allein — ohne Prokuristen — zu vertreten und die Firma zu zeichnen. Auf eine Zwischenverfügung des Registergerichts mit dem Hinweise, daß die Anmeldung zum Handelsregister von allen Gesellschaftern zu erfolgen habe, meldeten im Februar 1912 sodann auch der Justizrat S. in seiner Eigenschaft als gerichtlich bestellter Pfleger für die minderjährige Gesellschafterin M. T. und der Stadtdirektor T. als Gegenvormund beim Registergericht an, daß die bisherige Vertretungsbefugnis des Gesellschafters Regierungsrat M. dahin erweitert sei, daß er befugt ist, die Gesellschaft selbständig zu vertreten und die Firma zu zeichnen. Das Registergericht forderte in einer neuen Zwischenverfügung den Nachweis, daß das Vormundschaftsgericht den der Aenderung der Vertretungsbefugnis zugrunde liegenden Vertrag genehmigt habe. Da der Nachweis nicht erbracht wurde, lehnte es den Antrag ab. Die Beschwerde wurde vom Landgerichte

zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Zu Unrecht verlangen die Vorinstanzen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu der Abänderung des Gesellschaftsvertrags. Der § 1822 Nr. 3. BGB. trifft den Fall der Aenderung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters nicht. Wenn dort die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verlangt wird, zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, so geht schon aus dem Wortlaute der Vorschrift zweifelsfrei hervor, daß unter dem Gesellschaftsvertrage nur ein solcher gemeint sein kann, durch den der Mündel ein Erwerbsgeschäft oder zum mindesten seine Beteiligung an einem Erwerbsgeschäfte beginnt. Noch deutlicher drückt dies der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs im § 1674 Nr. 14 aus. Auch die Motive IV, 1145 lassen die Tragweite der Vorschrift zweifelsfrei erkennen. Denn der § 1822 Nr. 3 (§ 1674 Nr. 14) ist als rechtliche Ergänzung gegenüber dem tatsächlichen Beginne des Erwerbsgeschäfts, wie er im § 1823 (§ 1663) behandelt wird, gedacht. Während der Dauer des bestehenden Erwerbsgeschäfts sind nur die unter Nr. 8 bis 11 des § 1822 bezeichneten Rechtsgeschäfte genehmigungspflichtig. Gegenüber dem klaren Wortlaute des Gesetzes, daß eine Genehmigung für die Erweiterung der Vertretungsmacht eines Gesellschafters nicht verlangt, ist die Erwägung des Landgerichts, daß es sich um eine wichtige und folgenschwere Aenderung des Vertrags handelt und deshalb die Genehmigung eingeholt werden müsse, abwegig. Auch fällt nicht entscheidend ins Gewicht, daß das Vormundschaftsgericht in einem früheren ähnlichen Falle die Genehmigung erteilt hat, obwohl ihre Erteilung auch damals nicht erforderlich gewesen wäre. Denn selbstverständlich ist das Vormundschaftsgericht an seine frühere — rechtsirrtümliche — Auffassung nicht gebunden, kann vielmehr, wenn seine Genehmigung für einen neuen Rechtsakt verlangt wird, die Rechtslage abweichend beurteilen.

Anmeldung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Eintragung in das Handelsregister; Versicherung, daß die baren Stammeinlagen voll bewirkt sind und daß der Geldbetrag sich in der freien Verfügung des Geschäftsführers befindet; Ersatz des Ausdrucks „Versicherung" durch andere Worte.

§ 8 Abs. 2, § 9 Abs. 1, § 82 Nr. 1 GmbHG.

Kammergericht Berlin, 17. Mai 1912. — Bd. 12 S. 49.

Am 16. März 1912 haben die Kaufleute F. und E. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Stammkapitale von 20 000 M. errichtet. Am 23. März 1912 meldete der Geschäftsführer der Gesellschaft T. diese zur Eintragung in das Handelsregister an. Dabei erklärte er:

„Die Stammeinlage des Herrn F. mit 15 000 M. ist durch die im Gesellschaftsvertrag erwähnten Sacheinlagen gedeckt. — Herr E. hat seine Stammeinlage mit 5000 M. voll eingezahlt.

Der Gegenstand dieser Leistungen befindet sich in meiner freien Verfügung."

Das Registergericht verlangte vor der Eintragung die im § 8 Abs. 2 GmbHG. vorgeschriebene Versicherung.

Die Beschwerde der Gesellschaft wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Die Annahme der Vorinstanzen, daß die im § 8 Abs. 2 GmbHG. vorgesehene Erklärung das Wort Versicherung enthalten müsse, ist unzutreffend. Weder die Entstehungsgeschichte der Vorschrift noch ihr Wortlaut an sich und im Zusammenhalte mit den sonstigen Bestimmungen des Gesetzes nötigt zu der Auffassung, daß der Gesetzgeber gerade auf den Ausdruck „Versicherung" besonderes Gewicht gelegt und eine ohne ihn abgegebene Erklärung des im § 8 Abs. 2 enthaltenen Inhalts nicht für ausreichend erachtet hätte.

Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 ist nachgebildet dem Artikel 210 Abs. 3 des alten deutschen Handelsgesetzbuchs, wonach bei der Anmeldung einer Aktiengesellschaft die „Erklärung" abzugeben ist, daß auf jede Aktie, soweit nicht andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen gemacht sind, der eingeforderte Betrag bar eingezahlt und im Besitze des Vorstandes sei. Die Vorschrift des Artikel 210 Abs. 3, die unverändert in den § 195 Abs. 3 HGB. übergegangen ist, verlangt mithin nur die Abgabe einer Erklärung, ohne vorzuschreiben, daß die Richtigkeit der Angaben besonders „versichert" werden müßte. Dafür, daß die sich an diese Vorschrift anlehnende Bestimmung des § 8 Abs. 2 GmbHG. unter der Abgabe der Versicherung etwas anderes habe verstehen wollen als die Abgabe der Erklärung im Sinne des Artikels 210 Abs. 3 des alten deutschen Handelsgesetzbuchs und des § 195 Abs. 3 HGB. fehlt es an jedem Anhalt. In der Begründung zum Entwurfe des Gesetzes vom 20. April 1892 wird die Aeußerung, welche die Geschäftsführer bei der Anmeldung der Gesellschaft abzugeben haben, bald als Versicherung, bald als „Angabe" bezeichnet, ohne daß irgendwie hervorgehoben würde, es müsse die Aeußerung in die Form einer Versicherung gekleidet werden.

Hiernach ist anzunehmen, daß unter „Abgabe der Versicherung" nichts anderes als unter der „Abgabe der Erklärung" zu verstehen ist. Der Gesetzgeber hat daher nur an Stelle des von ihm im Artikel 210 Abs. 3 des alten deutschen Handelsgesetzbuchs vorgefundenen Ausdrucks im Interesse des sprachlichen Wohlklangs oder auch zwecks Vermeidung der Wiederholung derselben Wortbildungen eine andere Fassung desselben Rechtsgedankens gewählt. Wenn er daher vorgeschrieben hat, daß der Anmeldende eine „Versicherung" über gewisse Tatsachen abzugeben habe, so ist er sich sicherlich dessen bewußt gewesen, daß man Tatsachen auch versichern kann, ohne gerade das Wort „Versicherung" oder „versichern" zu gebrauchen. Dieser Standpunkt des Gesetzgebers folgt aber auch, wie die Beschwerdeführerin mit Recht hervorhebt, aus den Vorschriften des § 9 Abs. 1 und des § 82 Nr. 1 GmbHG. In diesen Bestimmungen ist die zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung der Geschäftsführer für die Richtigkeit der von ihnen gemäß § 8 Abs. 2 abgegebenen „Versicherung" erörtert. Die Erklärung ist aber an diesen beiden Stellen des Gesetzes nicht mit „Versicherung", sondern mit „Angabe" bezeichnet. Daraus folgt, daß entscheidendes Gewicht auf das Wort „Versicherung" nicht gelegt wird und daß

die Folgen der Unrichtigkeit der Erklärung auch dann eintreten sollen, wenn die Aeußerung nur eine „Angabe" enthält.

Endlich mag auch darauf hingewiesen werden, daß das österreichische Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 6. März 1906, das dem deutschen Gesetz in vielen Punkten genau nachgebildet ist, in dem der Vorschrift des § 8 Abs. 2 entsprechenden § 10 Abs. 3 von der Abgabe der „Erklärung" spricht und damit zu erkennen gibt, daß es das im § 8 Abs. 2 GmbHG. gebrauchte Wort „Versicherung" als gleichbedeutend mit „Erklärung" ansieht.

Begriff des Handlungsagenten. Verpflichtung des Handlungsagenten, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen, wenn sein Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, ohne Rücksicht darauf, ob die Art seines Gewerbebetriebes einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

§ 1 Abs. 2 Nr. 7, §§ 2, 4, 84 HGB.

Kammergericht Berlin, 7. Juni 1912. — Bd. 12 S. 51.

Die Handelskammer zu B. beantragte beim Registergerichte, den Otto H. zu B., der ein Agenturgewerbe betreibe, zu veranlassen, seine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen. Das Registergericht stellte fest, daß H. mit 64 Mark jährlich in der dritten Klasse zur Gewerbesteuer veranlagt sei, daß er nach eigener Angabe ein jährliches Einkommen von 4500 bis 5000 M. sowie einen Jahresumsatz von 128 000 M. habe. Es ermittelte weiter, daß H. nur für eine Firma, nämlich eine Wiener Seidenlieferantin, tätig sei, daß er nur Geschäfte vermittle, nicht abschließe, kein Muster- oder Verkaufslager und keine Inkassovollmacht habe, auch kein Delkredere übernehme und in seinem Gewerbebetriebe nicht in kaufmännischer Weise Buch führe.

Das Registergericht lehnte darauf den Antrag der Handelskammer ab, weil H. zwar Handlungsagent, aber nicht Vollkaufmann, sondern Minderkaufmann sei. Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen, da H. überhaupt nicht Handlungsagent, sondern nur kaufmännischer Angestellter sei. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Registergericht zurückverwiesen.

Die Annahme des Landgerichts, daß H. nicht Handlungsagent, sondern Handlungsgehilfe sei, ist rechtsirrtümlich. Nach § 84 HGB. ist als Handlungsagent derjenige anzusehen, der, ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines anderen Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des anderen abzuschließen. Diese Voraussetzungen liegen bei H. sämtlich vor, wie das Registergericht zutreffend hervorhebt. Denn er vermittelt für ein Handelshaus in Wien ständig Geschäfte in der Seidenbranche und ist von dem Wiener Unternehmen mit dieser Vermittlung fortlaufend beauftragt. Die Umstände, die nach Ansicht des Landgerichts für die Handlungsgehilfeneigenschaft des H. sprechen sollen, sind auch mit der Eigenschaft als Handlungsagent wohl vereinbar. Denn das Gesetz verlangt keineswegs, daß ein Handlungsagent notwendig für mehrere Firmen tätig sein müsse; es

genügt vollkommen, daß er seine Arbeitskraft einem einzigen Geschäftshause widmet. Ebensowenig ist von Bedeutung, daß H. zum selbständigen Abschlusse von Geschäften nicht befugt ist. Denn die Vermittlungsagenten haben sich lediglich auf eine vermittelnde Tätigkeit zu beschränken und die Entschließung des Geschäftsherrn in allen Fällen einzuholen. Ohne Belang ist endlich auch, daß H., der ja Geschäfte nur vermitteln soll, keine Delkredere übernimmt und keine Inkassovollmacht hat. Im übrigen sprechen aber eine Reihe von Umständen gegen die Handlungsgehilfeneigenschaft des H. Denn er bezieht, wie regelmäßig die Agenten, kein festes Gehalt, sondern Provision, und hat seine Geschäftsunkosten selbst zu tragen. Nach seinem Anstellungsvertrage muß mit der Möglichkeit der Uebernahme anderer Vertretungen gerechnet werden, was beim Handlungsgehilfen nicht der Fall ist. Der Verdienst des H. aus Provisionen hat ferner ohne weiteres zur Folge, daß er mit der Wiener Firma periodische Provisionsabrechnungen vornehmen muß.

Hiernach unterliegt der landgerichtliche Beschluß, der dem H. die Eigenschaft eines Handlungsagenten abspricht, der Aufhebung. Aber auch der Beschluß des Registergerichts ist insofern von Rechtsirrtum beeinflußt, als er den H. als Minderkaufmann ansieht.

Der Handlungsagent ist nach § 1 Abs. 2 Nr. 7 HGB. Kaufmann, d. h. regelmäßig Vollkaufmann, wenn auf ihn nicht ausnahmsweise die Voraussetzungen des § 4 HGB. zutreffen. Minderkaufleute sind nach § 4, abgesehen von den Handwerkern, solche Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Es kommt daher lediglich darauf an, ob der Umfang des Agenturgeschäfts des H. über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, dagegen ist nicht entscheidend, ob auch die Art seines Gewerbebetriebes einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Daß die abweichende Ansicht jedenfalls für den Geschäftsbetrieb eines Agenten nicht zutrifft, ergibt sich aus der Erwägung, daß die Art des Geschäftsbetriebs eines Handlungsagenten, wie sie im Gesetze (§ 84 ff. HGB.) bestimmt ist, nicht selten, besonders wenn es sich um bloß vermittelnde Tätigkeit handelt, eine verhältnismäßig einfache und durchsichtige sein wird. Denn der Geschäftsbetrieb des Handlungsagenten besteht häufig im wesentlichen in seiner alleinigen Tätigkeit ohne Zuziehung fremder Hilfskräfte; er braucht ein größeres Betriebskapital nicht zu haben und kann mitunter ohne ein Muster- oder Warenlager und ohne besondere Geschäftsräume seine Tätigkeit abwickeln. Hiernach entscheidet sich bei einem Handlungsagenten die Frage, ob er Voll- oder Minderkaufmann sei, lediglich nach dem Umfange des Gewerbebetriebs. Daß der Umfang der geschäftlichen Tätigkeit des H. über den Rahmen des Kleingewerbes hinausgeht, kann nicht zweifelhaft sein.

Der Umsatz, die Höhe der Einnahmen und des Gewinns und der Betrag der Gewerbesteuer sprechen für die Vollkaufmannseigenschaft des Unternehmers. Der Umsatz von 128 000 M., der Reingewinn von etwa 5000 M. und die Gewerbesteuer von 64 M. sind so erheblich, daß der Umfang des Gewerbebetriebs den H. aus dem Kreise der Minderkaufleute heraushebt.

Der Umstand, daß H. den angegebenen Umsatz nur erzielt, weil er Geschäfte in besonders wertvoller Ware vermittelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Ein Umsatz, der durch verhältnismäßig wenige Geschäftsabschlüsse über wertvolle Objekte erreicht wird, ist ebenso zu beurteilen, wie ein Umsatz,

der viele geringwertige Objekte zum Gegenstande hat und ziffernmäßig zu demselben Endergebnisse gelangt. Der Umsatz wertvollerer Objekte erfordert auch viel größere Bemühungen des Agenten, als dies bei dem Vertriebe billiger Massenwaren der Fall ist.

Hiernach mußten die beiden Vorentscheidungen aufgehoben werden. Gleichzeitig war die Sache an das Amtsgericht zurückzuverweisen, damit dieses unter Abstandnahme von seinen bisherigen Bedenken über den Antrag der Handelskammer auf Einleitung des Ordnungsstrafverfahrens gegen H. anderweit befinde.

Ausdehnung des Unternehmens einer Genossenschaft auf einen neuen mit dem bisherigen Betrieb in keinem Zusammenhange stehenden Betrieb, der den Charakter der Genossenschaft wesentlich ändert; Gültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses auf Aenderung des Gegenstandes des Unternehmens, wenn eine Mehrheit von drei Vierteilen der erschienenen Genossen zugestimmt hat.

§§ 1, 16, 46, 51 GenG.

Oberlandesgericht Dresden, 16. Juni 1912. — Bd. 12 S. 53.

Gegenstand des Unternehmens des im Jahre 1889 errichteten, jetzt über 6000 Mitglieder zählenden Konsumvereins für P., einer eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht, war ursprünglich lediglich der gemeinschaftliche Einkauf von Lebens- und Wirtschaftsbedürfnissen im großen und Ablaß im kleinen an die Mitglieder gegen sofortige Barzahlung. Später traten die Herstellung von solchen Waren auf gemeinschaftliche Rechnung und die Annahme von Spareinlagen hinzu. In der Generalversammlung der Genossen vom 9. November 1911, in der 835 Genossen anwesend waren, wurde einstimmig beschlossen, den Gegenstand des Unternehmens auch auf die Errichtung von Kleinwohnungen zu erstrecken.

Das Registergericht hat die Eintragung dieser vom Vorstand angemeldeten Statutenänderung unter Billigung des Landgerichts abgelehnt, weil die beschlossene Ausdehnung des Unternehmens auf einen ganz neuen, mit dem bisherigen Betrieb in keinem Zusammenhange stehenden Gegenstand der Genossenschaft einen wesentlich anderen Charakter verleihen würde und deshalb nur mit Zustimmung sämtlicher Mitglieder zulässig sei.

Auf die weitere Beschwerde des Vereins hat das Oberlandesgericht Dresden unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Registergericht angewiesen, den gegen den Eintragungsantrag erhobenen Bedenken keine weitere Folge zu geben.

In den Gründen ist ausgeführt:

Die Vorinstanzen nehmen für die von ihnen vertretene Meinung auf Parisius-Crüger, GenG. (7) S. 83 Anm. 4 zu § 6, Bezug. Daselbst wird für die Meinung auf Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 3 S. 121 flg. verwiesen. Die Entscheidung des Reichsgerichts betrifft indessen einen ganz anders gearteten Fall, nämlich den, daß die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft die Ueberlassung des Betriebes ihres Unternehmens an einen anderen gegen eine an die Aktionäre zu zahlende Dividende von jährlich gleichem Betrag und die Einsetzung eines von den Beschlüssen der Gesellschaft unabhängigen, durch einen Dritten zu bestellenden Vorstandes mit Dreiviertelmehrheit beschlossen hatte.

Der Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft blieb dadurch, wie auch das Reichsgericht S. 128 betont, unverändert; geändert wurde die Organisation der Gesellschaft. Weil die Gesellschaft infolge dieser Aenderung der zum Wesen der Aktiengesellschaft gehörenden Organisation entbehrt haben würde, erklärte das Reichsgericht die beschlossene Satzungsänderung auf die Anfechtungsklage eines damit nicht einverstandenen Aktionärs für unzulässig (S. 132, 137). Das kommt hier nicht in Frage; die Organisation der Genossenschaft bleibt durch die beschlossene Ausdehnung des Unternehmens auf die Errichtung von Kleinwohnungen unberührt. Die Herstellung von Wohnungen gehört zu den Gegenständen des Unternehmens, die das Gesetz für Genossenschaften zuläßt (GenG. § 1 Nr. 7). Die Ausdehnung des Unternehmens auf einen anderen Gegenstand enthält eine Abänderung des Statuts. Die Abänderung ist mit der nach § 16 Abs. 2 Satz 1 GenG. erforderlichen Dreiviertelmehrheit der in der Generalversammlung erschienenen Genossen beschlossen und damit gültig zustande gekommen.

Das Genossenschaftsgesetz hat davon abgesehen, weitere Erfordernisse für einen Beschluß auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens aufzustellen, hat dies vielmehr, ebenso wie es nach § 275 Abs. 2 HGB. bei der Aktiengesellschaft der Fall ist, dem Statut überlassen. Insbesondere kann in dem Statute für die Gültigkeit der Abänderung seiner Bestimmungen das Erfordernis aufgestellt werden, daß die sämtlichen Genossen in der Generalversammlung anwesend sein und der vorgeschlagenen Abänderung einhellig zustimmen müssen. Nur das besagen die Entscheidungen in Entsch. d. RG. 76, 170, und in OLGRsp. 23, 373, auf die das Landgericht außerdem hinweist. Wenn dagegen das Statut, wie hier, keine von dem Gesetz abweichende Bestimmung trifft, gilt für einen Beschluß auf Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 1 GenG., und danach ist Dreiviertelmehrheit der in der Versammlung erschienenen Genossen für die Gültigkeit eines solchen Beschlusses ausreichend.

Ob die beschlossene Abänderung den Charakter der Genossenschaft ändert, ist hierbei ohne Bedeutung. Unverkennbar kann diese weitgehende gesetzliche Befugnis der Generalversammlung zu einer Beeinträchtigung der Interessen einzelner Genossen führen. Es mag deshalb wünschenswert erscheinen, im Statut Fürsorge dafür zu treffen, daß grundlegende Bestimmungen der Genossenschaft nur schwer abgeändert werden können, was freilich, wie in RG. 76, 173 hervorgehoben wird, die Kehrseite hat, daß es für die Genossenschaft schwieriger wird, sich den wechselnden Bedürfnissen des Lebens anzupassen. Wird aber davon abgesehen, im Statut etwas vom Gesetz Abweichendes zu bestimmen, so ist jede von der Generalversammlung mit Dreiviertelmehrheit der erschienenen Genossen beschlossene Abänderung des Gegenstandes des Unternehmens, sofern sie sich nur innerhalb der durch § 1 GenG. gezogenen Grenzen bewegt, gültig und für die übrigen Genossen bindend. Dafür sind die Genossen durch die Vorschriften im § 46 des Gesetzes über die Berufung der Generalversammlung und die Ankündigung des Gegenstandes der Beschlußfassung in die Lage gesetzt, behufs Wahrung ihrer Interessen der Generalversammlung beizuwohnen, und im Falle einer Verletzung der bezeichneten Vorschriften können sie den Beschluß mit Klage anfechten (§ 51). Im allgemeinen wird auch davon ausgegangen werden dürfen, daß eine Abänderung

des Gegenstandes des Unternehmens nur betrieben wird, wenn sie durch die Verhältnisse im Interesse der Genossenschaft geboten oder doch zweckmäßig erscheint. Trifft dies ausnahmsweise nicht zu, so ist es eben Sache der Genossen, sich zu rühren und die Generalversammlung zu besuchen, um das Zustandekommen einer Dreiviertelmehrheit für die vorgeschlagene Abänderung zu verhüten. Das Registergericht seinerseits darf die Eintragung einer zulässigen Statutenänderung, die von der Generalversammlung der Genossen mit der — nach dem Gesetz oder nach dem Statut — erforderlichen Mehrheit beschlossen ist, nicht ablehnen.

Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft durch den Tod des einen Gesellschafters und Fortführung des Geschäfts mit der Firma durch den anderen Gesellschafter. Mangelnde Befugnis des Registergerichts, einen Sachverständigen auf Kosten der Gesellschaft zu dem Zwecke zu bestellen, das Abfindungsguthaben der Erben des verstorbenen Gesellschafters durch eine Inventur und Bilanz festzustellen.

§§ 138, 146 HGB.; §§ 738ff. BGB.; § 164 FGG.

Kammergericht Berlin, 5. Juli 1912. — Bd. 12 S. 55.

Bis zum Jahre 1906 waren Inhaber der offenen Handelsgesellschaft Carl H. & Co. die Kaufleute Carl H. und Salli N. Am 13. März 1906 starb Salli N. Seine Erben sind aus der Firma Carl H. & Co. mit dem Tode ihres Erblassers ausgeschieden, so daß zurzeit Carl H. alleiniger Inhaber der Firma ist.

Im März 1912 stellten die Erben N.s bei dem Amtsgerichte den Antrag, einen Sachverständigen zu bestellen, der das Abfindungsguthaben durch eine Auseinandersetzungsinventur und Bilanz zum 13. März 1906 auf Kosten der Gesellschaft festzustellen habe.

Der Firmeninhaber Carl H. widersprach dem Antrage, der hierauf vom Amtsgericht unter Billigung des Landgerichts zurückgewiesen wurde. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Durch den Tod des Kaufmanns Salli N. wurde die offene Handelsgesellschaft H. & Co. am 13. März 1906 aufgelöst. Dagegen wurde das Geschäft mit der alten Firma, wie es im Gesellschaftsvertrage vorgesehen war, von dem Ueberlebenden, dem Kaufmanne Carl H., fortgeführt. Auf einen derartigen Fall findet der § 138 HGB., der sich seinem Wortlaute nach nur auf eine aus mehr als zwei Personen bestehende offene Gesellschaft bezieht und bei dem Fortfall eines Gesellschafters den Fortbestand der Gesellschaft zur Voraussetzung hat, entsprechende Anwendung.

Die Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden oder dessen Erben hat in Ermangelung besonderer Vorschriften des Handelsgesetzbuchs nach den §§ 738ff. BGB. zu erfolgen. Hiernach kann der Ausscheidende insbesondere verlangen, daß ihm dasjenige in barem Gelde ausgezahlt wird, was ihm bei der im Falle der Auflösung der Gesellschaft eintretenden Auseinandersetzung zukommt. Zur Ermittelung der Abfindungssumme sind ein Inventar und eine Bilanz aufzustellen. Bei dieser Arbeit hat der Ausscheidende, soweit er bisher dazu berechtigt und verpflichtet war, mitzuwirken (RG. 15, 80; JW. 1886, 997 Nr. 19).

Diese Mitwirkungspflicht trifft auch die Erben des ausscheidenden Teilhabers. Sie können Vorlegung der Geschäftsbücher und Geschäftspapiere verlangen (JW. 1893, 22 Nr. 37) und müssen für befugt erachtet werden, sich bei der Mitarbeit an der Aufstellung von Inventar und Bilanz der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen (ROHG. 7, 75; RGZ. 25, 88). Können die Beteiligten im Wege der Vereinbarung nicht zu einer Auseinandersetzung kommen, ergeben sich vielmehr Streitpunkte, sei es, daß überhaupt ein Teil seine Mitwirkung bei der Feststellung des Auseinandersetzungsguthabens versagt oder daß über die Höhe dieses Guthabens eine Einigung nicht zu erzielen ist, so bleibt nur der Prozeßweg übrig. Dagegen ist der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht befugt, zur Beseitigung der Streitpunkte auf Antrag eines Beteiligten einen Sachverständigen zu ernennen. Allerdings hat das Reichsgericht in dem Urteile vom 27. Oktober 1885 (RGZ. 15, 80ff.) angenommen, daß, wenn eine Verständigung der Parteien über die gemeinschaftliche Schaffung der Auseinandersetzungsgrundlagen sich nicht erzielen lasse, auf Verlangen des einen oder des anderen Teils die den Parteien gemeinschaftlich obliegende Aufgabe auf Kosten der bisherigen Gesellschafter durch einen Sachverständigen vollzogen werden müsse, dessen Ernennung event. nach Analogie des Artikel 133 Abs. 2 des alten deutschen Handelsgesetzbuchs (jetzt § 146 Abs. 2 HGB.) durch das Gericht erfolgen müßte. Diese beiläufige Bemerkung des Reichsgerichts über die Befugnis des Gerichts zur Ernennung eines Sachverständigen kann für maßgebend und zutreffend nicht erachtet werden. Sie bezieht sich auf das frühere, jetzt nicht mehr geltende Handelsrecht, entbehrt aber auch der Begründung. Es ist nicht angängig, Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, die wie die des § 146 Abs. 2 für ganz bestimmte Tatbestände, nämlich für die Durchführung der Liquidation, ergangen sind, im Wege der Analogie auf ganz anders geartete Rechtsverhältnisse, so auf die Auseinandersetzung eines ausgeschiedenen Gesellschafters mit dem das Geschäft allein weiter führenden Geselschafter, auszudehnen. Deshalb kann auch die in der Literatur im Anschluß an die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts vielfach vertretene Ansicht, daß auf Fälle der vorliegenden Art die Vorschrift des § 146 Abs. 2 HGB. entsprechend angewendet werden könne, nicht gebilligt werden. Es erscheint weder zutreffend, mit Staub, HGB. (9) 593 Anm. 6 Exk. zu § 141, und Ritter, HGB. S. 186 Anm. 3 zu § 138, dem Prozeßrichter die Ernennung des Sachverstäudigen zuzuweisen, noch auch mit Brand, S. 392 Anm. 6 A b γ zu § 138, den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dieser Aufgabe zu betrauen. Vielmehr ist in Ermangelung einer dahin gehenden Vorschrift die Ernennung eines besonderen Sachverständigen untunlich und kann auch nicht um deswillen begehrt werden, weil nach § 738 Abs. 2 BGB. der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Läßt sich eine Einigung über den durch Schätzung zu ermittelnden Wert des Gesellschaftsvermögens nicht erzielen, so muß der Prozeßrichter angerufen werden, der sich aber nicht auf die Ernennung eines Sachverständigen zu beschränken, sondern den Streit im Rahmen der Parteianträge zu entscheiden hat und dabei möglicherweise über den Wert des Geschäftsvermögens auch einen Sachverständigen zu vernehmen haben wird. Dieser Sachverständige ist dann aber

lediglich Gehilfe des Richters, und sein Gutachten gehört zu dem Beweismaterial, auf Grund dessen der Prozeßrichter seine Entscheidung fällt.

Auch auf § 164 FGG. läßt sich der Antrag auf Bestellung eines Sachverständigen zur Aufstellung der Inventur und der Bilanz nicht gründen. Nach dieser Vorschrift ist nämlich in den Fällen, in denen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechtes jemand den Zustand oder den Wert einer Sache durch Sachverständige feststellen lassen kann, für die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke sich die Sache befindet. Dabei handelt es sich nach der Denkschrift (S. 83) namentlich um das Recht des Nießbrauchers und des Eigentümers auf Feststellung des Zustandes oder des Wertes der mit dem Nießbrauche belasteten Sache sowie um die Befugnis des Ehegatten, des Vorerben und des Nacherben, den Zustand der zum eingebrachten Gute oder zur Erbschaft gehörenden Sachen durch Sachverständige feststellen zu lassen (§§ 1034, 1067, 1372, 1439, 1528, 1550, 2122 BGB.). Hiernach ist die Ernennung eines Sachverständigen durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit gemäß § 164 FGG. nur dann zulässig, wenn eine ausdrückliche materiellrechtliche Vorschrift die Herbeiziehung eines Sachverständigen zur Ermittelung des Wertes einer Sache gestattet. Eine derartige ausdrückliche Vorschrift des bürgerlichen Rechtes fehlt aber im Falle des § 738 BGB. Insbesondere besagt auch der Abs. 2 des § 738 nur, daß der Wert des Gesellschaftsvermögens im Wege der Schätzung zu ermitteln sei, schreibt aber nicht vor, daß diese Schätzung auf Verlangen eines Beteiligten durch einen Sachverständigen vorgenommen werden könne. Außerdem spricht aber der § 164 FGG. nur von der Feststellung des Wertes einer „Sache", und es ist daher sehr zweifelhaft, ob sich nicht die Tätigkeit des Sachverständigen auf einen körperlichen Gegenstand zu beschränken hat, wenn der § 164 Platz greifen soll. Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß die Vorschrift auch dann Anwendung finden könnte, wenn der Sachverständige nicht einzelne Sachen, sondern ein ganzes Gesellschaftsvermögen, also einen Vermögensinbegriff, der auch aus Forderungen und Schulden besteht, abschätzen soll.

Hiernach haben die Vorinstanzen die Ernennung eines Sachverständigen zu dem von den Beschwerdeführern bezeichneten Zwecke mit Recht abgelehnt. Uebrigens würde auch diese Ernennung zu einem praktischen Ergebnisse nicht führen, vielmehr würden die Streitpunkte nach wie vor bestehen bleiben, so daß eine Anrufung des Prozeßrichters schließlich doch nicht zu vermeiden wäre.

Rechte aus einem Vertragsangebot als Sacheinlagen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§§ 5, 8 GmbHG.; §§ 145 ff. BGB.

Kammergericht Berlin, 25. Juli 1912. — Bd. 12 S. 58.

Die Eheleute Emil V. und Adele V. haben einen Vertrag über die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma „V. & Co. Gesellschaft mit beschränkter Haftung" geschlossen. Der § 3 dieses Vertrags bestimmt:

Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 20 000 M. Auf das Stammkapital übernimmt der Gesellschafter Emil V. eine Stammeinlage

von 1000 M., der Gesellschafter Frau Adele B. eine Stammeinlage von 19000 M. Der Gesellschafter Emil B. zahlt seine Stammeinlage in bar. Der Gesellschafter Frau Adele B. leistet die Stammeinlage durch Einbringung folgender Sacheinlage:

Der Kaufmann Paul D. hat Frau Adele B. den Erwerb von 15000 M. Geschäftsanteilen bei der Berliner Terrainverwertungsgesellschaft mit beschränkter Haftung in der notariellen Verhandlung vom heutigen Tage angeboten. Frau Adele B. tritt die Rechte aus dieser Offerte an die Gesellschaft in besonderer Urkunde ab. Der Wert dieser Sacheinlage wird von den Vertragschließenden auf 19000 M. festgesetzt.

In besonderer notarieller Verhandlung vom 8. Mai 1912 hat Adele B. das ihr aus der notariellen Verhandlung vom 7. Mai 1912 zustehende Recht der Annahme eines Geschäftsanteils bei der Berliner Terrainverwertungsgesellschaft von 15000 M. an die neu errichtete Gesellschaft B. & Co. GmbH. abgetreten. Das Registergericht hat die Sacheinlage der Frau Adele B. beanstandet, da sie, zumal nach dem Ablaufe der Annahmefrist des § 147 BGB., einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht darstelle. Das Landgericht I in Berlin hat die hiergegen erhobene Beschwerde des Emil B. zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Richtig ist die Ausführung des Beschwerdeführers, daß die Prüfung des Wertes der Sacheinlage dem Registergerichte verschlossen ist. Dagegen ist das Registergericht berechtigt und verpflichtet zu prüfen, ob das von einem Gesellschafter in Anrechnung auf die Stammeinlage eingebrachte Recht als geeignete Sacheinlage im Sinne des § 5 GmbHG. anerkannt werden kann, denn es hat grundsätzlich seine Mitwirkung zu versagen, soweit es sich um gesetzwidrige Akte handelt. Die Beanstandung der Vorinstanzen kann als rechtsirrtümlich nicht bezeichnet werden. Als Sacheinlage ist jeder Wertgegenstand geeignet, der als Aktivum in die Bilanz aufgenommen werden kann. Einlagefähig sind also nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte. Voraussetzung ist aber, daß die Rechte nicht in der Art an die Person des Gründers gebunden sind, daß nur ihm selbst die Ausübung des Rechtes möglich ist. Deshalb kann ein Recht nur insoweit für einlagefähig erachtet werden, als es übertragbar ist. Wie das Reichsgericht in dem Urteile vom 21. Dezember 1908 (GruchotsBeitr. 53, 833) und daran anschließend in dem Urteile vom 10. Juni 1911 (Recht 1911 Nr. 2802) ausgeführt hat, erwächst dem Antragsempfänger aus dem Angebote grundsätzlich ein übertragbares Recht nicht. Die Bindung des Antragenden (§ 145 BGB.) hat nur zur Folge, daß durch rechtzeitige Annahme Rechte und Pflichten entstehen können. Bis zur Annahme des Antrags besteht nur eine Rechtslage, aus der sich Ansprüche entwickeln können. Durch das Angebot allein wird ein für den Rechtsverkehr in Betracht kommender Wert noch nicht geschaffen. Eine andere Beurteilung wäre nur zulässig, wenn, was das Reichsgericht unentschieden läßt, der Antragende dem Antragsempfänger gestattet, eine andere Person zu ermächtigen, statt seiner das Angebot anzunehmen, so daß der Antragsempfänger in der Lage ist, die Erteilung dieser Ermächtigung nach Belieben vorzunehmen. Hieraus erhellt, daß der Beschwerdeführer dem Registergerichte den Nachweis hätte erbringen müssen, daß nach dem Inhalte des Antrags des Kaufmanns D.

Frau V. rechtlich in der Lage ist, die errichtete Gesellschaft für die Annahme des Angebots an ihre Stelle zu setzen.

Selbst aber, wenn dieser Nachweis erbracht werden kann, ist die Sacheinlage der Frau V. vom Standpunkte des Registergerichts nur dann rechtlich bedenkenfrei, wenn die Gebundenheit des antragenden D. zur Zeit der Eintragung der Gesellschaft noch fortbestand, denn mit dem Fortfall der Bindung entfällt die Möglichkeit der Entstehung von Rechten und Pflichten aus dem Angebote. Nach § 147 BGB. kann der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort, der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Die Auffassung der Vorinstanzen, daß bei Anwendung dieser Norm der Antrag des Kaufmanns D. die Annahmefähigkeit verloren und gemäß § 146 BGB. erloschen sein würde, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es ist also, falls überhaupt ein ernst gemeintes Angebot vorliegt, Sache des Beschwerdeführers, dem Registergerichte den Nachweis zu führen, daß hier der Fall des § 148 BGB. vorliegt, d. h. daß D. für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt hat und daß diese Frist nicht versäumt ist. Die Beanstandung der Sacheinlage der Frau V. erweist sich hiernach als gerechtfertigt.

Mangelnde Befugnis des Registergerichts, die Eintragung eines Kommanditisten im Handelsregister von Amts wegen deshalb zu löschen, weil die der Eintragung zugrunde liegende Anmeldung nicht von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt worden ist.

Mangelnde Befugnis des Registergerichts, seine Verfügung bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts über ein streitiges Rechtsverhältnis schon deshalb auszusetzen, weil das ihm beigebrachte Material zur Entscheidung nicht ausreichte.

§§ 108, 161 HGB.; §§ 12, 127, 142 FGG.

Kammergericht Berlin, 9. August 1912. — Bd. 12 S. 60.

Im März 1912 hat das Registergericht die Beteiligten der Kommanditgesellschaft „Warenhaus Adolf O." benachrichtigt, daß es beabsichtige, die offene Handelsgesellschaft Gustav H. und den Kaufmann Daniel G. als Kommanditisten der Gesellschaft auf Grund des § 142 FGG. im Handelsregister zu löschen. Gegen diese beabsichtigte Löschung wurde von anderen Beteiligten Widerspruch erhoben. Das Registergericht hat diesen Widerspruch für gerechtfertigt erklärt und den Löschungsantrag der genannten beiden Kommanditisten zurückgewiesen. Die Entscheidung über die hiergegen erhobene Beschwerde hat das Landgericht ausgesetzt, bis über das streitige Rechtsverhältnis, ob die Beschwerdeführer Kommanditisten sind oder nicht, im Wege des Rechtsstreits entschieden ist, und den Beschwerdeführern eine Frist von drei Monaten zur Erhebung der Klage bestimmt.

Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Landgericht zurückverwiesen.

Nach § 142 FGG. kann das Registergericht eine Eintragung in das Handelsregister von Amts wegen löschen, wenn sie bewirkt ist, obgleich sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Die Beschwerdeführer sind der Ansicht, nach dieser Vorschrift sei die Löschung schon deshalb geboten, weil sie entgegen der Bestimmung des § 108 Abs. 1 und des § 161 Abs. 2 HGB. nicht von sämtlichen Gesellschaftern als Kommanditisten angemeldet seien. Die Vorinstanzen haben einen abweichenden Standpunkt vertreten, und insoweit ist ihrer Auffassung beizutreten. Was unter einer „wesentlichen Voraussetzung" im Sinne des § 142 zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht. Mit Cohn, Handels- und Genossenschaftsregister (3) 168, und Düringer-Hachenburg, HGB. Bd 1 Anhang II S. 588 Anm. Ib zu § 142 FGG., wird davon auszugehen sein, daß unter dem Mangel einer wesentlichen Voraussetzung der Mangel eines gesetzlichen Erfordernisses zu verstehen ist, sofern dieser Mangel sich als ein sachlicher herausstellt, so daß gemäß § 142 einzuschreiten ist, wenn zur Zeit der beabsichtigten Löschung eine sachlich unrichtige oder der materiellen Voraussetzungen entbehrende Eintragung in Frage steht, deren Richtigstellung im öffentlichen Interesse liegt oder im Interesse der Beteiligten ist. Im Gegensatze zu diesen sachlichen Mängeln stehen die Formmängel. Aus diesem Grunde kann, wie schon die Denkschrift zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hervorhebt und auch das Kammergericht (KGJ. 27 A, 67) entschieden hat, eine Eintragung nicht schon um deswillen gelöscht werden, weil die ihr zugrunde liegende Anmeldung von dem Beteiligten entgegen § 12 HGB. weder persönlich bei dem Gerichte bewirkt noch in öffentlich beglaubigter Form eingereicht war (vgl. auch RJA. 9, 31). Ob dieser Vorschrift des § 12 die Bestimmung des § 108 Abs. 1 und des § 161 Abs. 2 HGB. in ihrer Bedeutung für das Registerrecht völlig gleichgestellt werden kann, kann dahingestellt bleiben; denn einen sachlichen Mangel im Sinne der vorstehenden Ausführungen hat auch die Verletzung dieser Normen allein noch nicht zur Folge. Die Anmeldungen zum Handelsregister erfolgen im öffentlichen Interesse. Dieses verlangt, nach Möglichkeit Gewähr für die Richtigkeit des Registerinhalts zu schaffen. Deshalb ist die Anmeldepflicht den Personen auferlegt worden, die mit den Rechtsverhältnissen am besten vertraut sind und für die Richtigkeit ihrer Angabe verantwortlich gemacht werden können. Ohne Rücksicht darauf, wie im Rechtsverkehre mit Dritten der Gesellschaftswille gebildet wird, hat das Gesetz kraft öffentlichen Rechts alle Gesellschafter anmeldepflichtig gemacht. Das Registergericht hat die Erfüllung dieser Pflicht zu erzwingen und die Eintragung abzulehnen, wenn die Anmeldung nicht vollständig ist. Hat das Registergericht jedoch aus Irrtum die unvollständige Anmeldung nicht zurückgewiesen, so liegt es weder im öffentlichen Interesse noch im Interesse der Beteiligten, daß aus diesem Grunde die Eintragung gelöscht wird. Diese Löschung ist vielmehr nur dann gerechtfertigt, wenn sich herausstellt, daß, wovon das Gesetz ausgeht, die unvollständige Anmeldung keine Gewähr für die Richtigkeit geboten hat, so daß das Register nunmehr inhaltlich unrichtig ist. Hieraus folgt, daß, wie auch Düringer-Hachenburg annehmen, nicht schon der Verstoß gegen § 108 Abs. 1 und § 161 Abs. 2 HGB., sondern nur die hierdurch etwa veranlaßte Unrichtigkeit des Registers eine Grundlage für die Löschung auf Grund des § 142 FGG. bildet. Auf diesen Erwägungen beruht auch die Entscheidung

des Landgerichts. Zu beanstanden ist dagegen die vom Landgericht angeordnete Aussetzung des Verfahrens. Die Anwendbarkeit des § 127 FGG. auf das Löschungsverfahren nach § 142 begegnet an sich keinem Bedenken. Dieses wird für den insoweit gleichliegenden Fall des § 143 FGG. allgemein anerkannt. Ebenso ist unstreitig, daß, soweit das Landgericht als Beschwerdegericht an die Stelle des Registergerichts tritt, auch ihm die Aussetzungsbefugnis zusteht (KGJ. 29 A, 83). Wie das Kammergericht indessen wiederholt entschieden hat (vgl. namentlich KGJ. 21 A, 240; RJA. 10, 214), darf von dieser Befugnis nur aus besonders triftigen sachlichen und in der Entscheidung darzulegenden Gründen Gebrauch gemacht werden. Die Auffassung des Landgerichts, daß die Aussetzung schon deshalb geboten sei, weil das ihm beigebrachte Material zur Entscheidung nicht ausreiche, ist rechtsirrtümlich. Grundsätzlich hat auch das Registergericht und demgemäß auch das Beschwerdegericht die Pflicht, gemäß § 12 FGG. von Amts wegen den Sachverhalt aufzuklären und nur, wenn besondere Gründe eine Entscheidung des Prozeßgerichts wünschenswert machen, kann es von Ausübung der eigenen Ermittelungspflicht absehen. Solche Gründe sind zurzeit nicht ersichtlich, zumal auch das Eilbedürfnis zu berücksichtigen ist, wie in den angeführten Entscheidungen hervorgehoben wird, und mit Rücksicht auf das schwebende Konkursverfahren ein Interesse der Beteiligten an schleuniger Klärung der Streitfrage nicht verkannt werden kann. Hiernach war die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses geboten. Das Landgericht wird sich, wenn nicht bisher unbekannte Tatumstände die Aussetzung rechtfertigen sollten, selbst der Entscheidung zu unterziehen haben.

Nachweis der Legitimation eines Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamte, wenn es sich nicht um die Verfügung über einen Nachlaßgegenstand handelt. Unwirksamkeit eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, wenn sich aus dem Zeugnisse die Nichtigkeit der die Testamentsvollstreckung betreffenden Anordnung des Erblassers ergibt.

§ 36 GBO.; §§ 2095, 2198 BGB.

Kammergericht Berlin, 22. Januar 1912. — Bd. 12 S. 63.

In einer notariellen Urkunde hat die im Grundbuche von P. Blatt Nr. 413 als Gläubigerin der Hypothek Abt. III Nr. 2 von 60 000 M. eingetragene Aktiengesellschaft B.er Baubank diese Hypothek nebst den Zinsen vom 1. Oktober 1911 an „den durch den Geheimen Justizrat F. vertretenen Nachlaß des am 28. Juli 1911 verstorbenen Geheimen Justizrats B.“ abgetreten, auch die Eintragung der Abtretung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. Der Antrag wurde von dem Grundbuchamte wegen unzulässiger Bezeichnung des einzutragenden neuen Gläubigers abgelehnt. Die hiergegen von dem Geheimen Justizrat F. als angeblichem Testamentsvollstrecker eingelegte Beschwerde wurde vom Landgericht unter Verneinung der Beschwerdeberechtigung des Beschwerdeführers zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Der Geheime Justizrat F. begründet seine Beschwerdeberechtigung damit, daß er in Ansehung des in Rede stehenden Nachlasses für sich das Amt eines

in der Verwaltung nicht beschränkten Testamentsvollstreckers in Anspruch nimmt. In dieser Amtseigenschaft würde er die Befugnis haben, ein seiner Verwaltung unterliegendes Recht gerichtlich geltend zu machen (§§ 2205, 2212 BGB.), also auch die Umschreibung einer dem Nachlaß oder richtiger den Erben abgetretenen Hypothek auf die Erben bei dem Grundbuchamte zu beantragen (§ 13 Abs. 2 GBO.) und nach der Ablehnung eines solchen von ihm selbst oder dem bisherigen Hypothekengläubiger gestellten Antrags diesen Antrag im Wege der Beschwerde und der weiteren Beschwerde zu verfolgen. Der Nachweis für die Ernennung zum Testamentsvollstrecker und für die bei dem Mangel beschränkender Anordnungen des Erblassers (§§ 2208, 2222, 2223 BGB.) gegebene Verwaltungsbefugnis des Ernannten kann im Grundbuchverfahren nur gemäß § 36 Abs. 2 GBO. geführt werden. Die dort getroffene Bestimmung bezieht sich ihrem Wortlaute nach allerdings nur auf die in der Praxis hauptsächlich in Betracht kommenden Fälle, in denen die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlaßgegenstand in Frage steht, gilt aber nach ihrem aus dem Zusammenhange des Paragraphen erkennbaren Sinne auch in anderen Fällen, in denen sich ein Testamentsvollstrecker im Grundbuchverfahren zu legitimieren hat. Die Legitimation kann demnach hier, wo die Ernennung zum Testamentsvollstrecker in dem privatschriftlichen Testamente des Erblassers B. vom 25. Juli 1909 enthalten sein soll, nur durch ein dem § 2368 BGB. entsprechendes Zeugnis des Nachlaßgerichts nachgewiesen werden.

Auf diesen rechtlichen Boden stellt sich auch der Beschwerdeführer F., indem er sich auf das ihm von dem Amtsgericht in B. als Nachlaßgericht erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis beruft und weiter geltend macht, daß der Inhalt dieses Zeugnisses für den Grundbuchrichter maßgebend sei. Das letztere würde zutreffen, wenn das vorliegende Zeugnis sich auf den gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt, nämlich unter der Voraussetzung, daß in dem Testament Abweichungen von der gesetzlichen Regel hinsichtlich der Befugnisse des Vollstreckers nicht angeordnet sind, auf die Bescheinigung beschränken würde, daß der Beschwerdeführer zum Testamentsvollstrecker ernannt sei. Bei solchem Inhalte des Zeugnisses würden das Grundbuchamt und das an seine Stelle tretende Beschwerdegericht nach einem in der Rechtsprechung des Kammergerichts zunächst für den Erbschein entwickelten, aber auch für das Testamentsvollstreckerzeugnis feststehenden Grundsatze lediglich den Inhalt des Zeugnisses zu berücksichtigen haben und nicht berechtigt sein, kraft eigener, dem Inhalte des Zeugnisses widersprechender Auslegung des Testaments, wie sie in der Vorentscheidung vorgenommen ist, das Zeugnis zum Nachweis einer wirksam gewordenen Ernennung des Testamentsvollstreckers für ungenügend zu erklären (KGJ. 34, 227, RJA. 10, 64).

Das vorliegende Zeugnis enthält indessen keine bloße und keine zweifelsfreie Bescheinigung der Ernennung des Beschwerdeführers zum Testamentsvollstrecker. Es lautet:

„Der am 28. Juli 1911 zu B. verstorbene Geheime Justizrat B. hat in seinem Testamente vom 25. Juli 1909 bestimmt, daß der jeweilige stellvertretende Vorsitzende der Anwaltskammer zu B. Testamentsvollstrecker sein soll, wenn die Anwaltskammer die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangen sollte. Die Anwaltskammer hat ein derartiges Verlangen ge-

stellt. Es wird bescheinigt, daß der derzeitige stellvertretende Vorsitzende der Anwaltskammer zu B., der Geheime Justizrat F. zu B., Testamentsvollstrecker ist."

Die in dem letzten Satze dieses Zeugnisses niedergelegte Bescheinigung ist unvereinbar mit dem in dem ersten Satze wiedergegebenen Inhalte des Testaments. Denn dieser läßt die Nichtigkeit der die Testamentsvollstreckung betreffenden Anordnung erkennen. Ist dem Erblasser im § 2198 BGB. auch die Befugnis eingeräumt, die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten zu überlassen, so kann er doch die Bestimmung darüber, ob eine Testamentsvollstreckung stattfinden soll, nicht einem Dritten überlassen. Dies wird durch die Regel des § 2065 Abs. 1 BGB. ausgeschlossen, wonach der Erblasser eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen kann, daß ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten soll. Um eine derartige Verfügung handelt es sich bei der im Zeugnisse wiedergegebenen Testamentsbestimmung, laut der die Geltung der Anordnung der Testamentsvollstreckung davon abhängig gemacht ist, daß die Anwaltskammer die Ernennung eines Testamentsvollstreckers verlangen sollte. Ist das Zeugnis des Nachlaßgerichts hiernach in sich widerspruchsvoll, so ist es zur Legitimation des Beschwerdeführers im Grundbuchverkehre nicht geeignet. Dem Beschwerdeführer durch eine Zwischenverfügung aus § 18 GBO. die Beibringung eines ordnungsmäßigen Testamentsvollstreckerzeugnisses aufzugeben, wie es sonst bei Vorlegung eines mangelhaften Zeugnisses geboten wäre (KGJ. 34 A, 227, 37 A, 255), erübrigt sich im vorliegenden Falle, weil es gemäß der obigen Ausführung über die Nichtigkeit der einschlägigen Testamentsbestimmung offenbar ist, daß der Auflage nicht entsprochen werden könnte.

Aus diesen Gründen ist die weitere Beschwerde des Beschwerdeführers F. schon mangels seiner Beschwerdeberechtigung zurückzuweisen.

Mangelnde Befugnis des Beschwerdegerichts, das von einem nicht Beschwerdeberechtigten angegangen ist, von Amts wegen auf die Eintragung eines Widerspruchs hinzuwirken.

§§ 54, 71 GBO.

Kammergericht Berlin, 29. Januar 1912. — Bd. 12 S. 65.

Der Kaufmann K. war Eigentümer des Grundstücks Blatt Nr. 182 des Grundbuchs von F., auf dem seit 1890 eine Kautionsbriefhypothek von 7000 M. für den Kaufmann T. eingetragen ist. Im Januar 1902 schloß K. mit seiner Ehefrau einen notariellen Schenkungsvertrag, in dem er ihr das bezeichnete Grundstück mit der darauf ruhenden Belastung schenkte. Die Auflassung auf Grund dieses Vertrags und die Eintragung der Frau K. als Eigentümerin ist im Januar 1902 erfolgt. Frau K., deren Ehemann im Dezember 1910 verstorben ist, beantragte im Juni 1911 ohne Ueberreichung eines Hypothekenbriefs die Löschung der bezeichneten Hypothek auf Grund einer beigefügten Löschungsbewilligung des eingetragenen Gläubigers vom 29. Mai 1911. Das Grundbuchamt gab dem Antrage statt und löschte die Hypothek. Der Postsekretär H., der auf Grund eines vollstreckbaren Urteils gegen den Ehemann K. in Höhe von 1500 M. im Juli 1911 den Anspruch der Erben des K. gegen Frau K. aus der T.'schen Hypothek hatte pfänden und sich zur Ein=

ziehung überweisen lassen, beantragte die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung, weil diese ohne Zustimmung der Erben des K. erfolgt sei. Dieser Antrag wurde von dem Grundbuchamte zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des H. wies das Landgericht das Grundbuchamt an, den vom Beschwerdeführer beantragten Widerspruch einzutragen. Gegen den landgerichtlichen Beschluß hat Frau K. weitere Beschwerde eingelegt. Das Kammergericht hat unter Aufhebung des Beschlusses des Landgerichts die von dem Postsekretär H. gegen die Verfügung des Grundbuchamts eingelegte Beschwerde zurückgewiesen.

In den Gründen wird ausgeführt:

Der landgerichtliche Beschluß läßt eine Prüfung der Frage vermissen, ob der Beschwerdeführer H. beschwerdeberechtigt war. Diese Prüfung war notwendig, da zwar die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 54 GBO. von Amts wegen erfolgen muß, das Beschwerdegericht aber, wenn der Grundbuchrichter dieser gesetzlichen Vorschrift nicht entspricht, nur dann eine Anweisung zur Eintragung des Widerspruchs erteilen darf, wenn es von einem Beschwerdeberechtigten angerufen worden ist. Allerdings hat das Kammergericht in dem Beschlusse vom 24. September 1900 (KGJ. 20 A, 294) angenommen, daß das Beschwerdegericht auch von Amts wegen auf die Eintragung eines Widerspruchs hinwirken dürfe. Diese Ansicht kann jedoch nicht aufrechterhalten werden, denn sie widerspricht der auch vom Kammergerichte ständig festgehaltenen und zutreffenden Auffassung, daß die Beschwerde der §§ 71 ff. GBO. keine Popularbeschwerde ist, daß das Beschwerdegericht vielmehr stets nur kraft des Willens eines Beschwerdeberechtigten tätig werden kann. Dieser Grundsatz gilt auch für den Fall des § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. Der Postsekretär H. ist aber zu der Einlegung der ersten Beschwerde nicht berechtigt gewesen. (Dies wird des näheren ausgeführt.)

Zurückweisung eines Antrags auf Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung, wenn der Zinssatz nicht angegeben ist; Unzulässigkeit der Bestimmung einer Frist zur Ergänzung des Antrags.

§ 18 GBO.; §§ 1115, 1119 BGB.

Kammergericht Berlin, 6. Februar 1912. — Bd. 12. S. 67.

Der Eigentümer A. des Grundstücks Blatt Nr. 1169 bekannte in der Urkunde vom 31. Oktober 1911, von einem Dritten ein Darlehen von 20 000 M. erhalten zu haben und verpflichtete sich, dieses Darlehen vom 1. November 1911 an in vierteljährlichen, an den Quartalsersten fälligen Raten zu verzinsen und nach näher festgesetzter Kündigung zurückzuzahlen; zur Sicherheit für das Darlehn verpfändete er sein Grundstück und bewilligte und beantragte „dieserhalb" die Eintragung einer Hypothek. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag durch den Beschluß vom 7. November 1911 ab, weil der Eintragungsbewilligung die Angabe des Zinsfußes fehle. In der notariellen Erklärung vom 13. November 1911 ergänzte der Grundstückseigentümer die vorbezeichnete Schuldverschreibung dahin, daß die Zinsen des Darlehns mit 5 Prozent jährlich gemäß der Schuldurkunde zu zahlen seien, und bewilligte und beantragte die Eintragung auch dieser Ergänzung in das Grundbuch. Er beantragte bei Ueberreichung dieser Erklärung an das Grundbuchamt die Eintragung der Hypothek und legte zugleich gegen den Beschluß vom 7. November 1911

Beschwerde mit dem Antrag ein, den Beschluß aufzuheben und die Kosten der Ablehnung niederzuschlagen, da die lediglich infolge eines Flüchtigkeitsfehlers unterbliebene Angabe des Zinsfußes durch eine Zwischenverfügung hätte herbeigeführt werden können. Darauf wurde die Hypothek am 24. November 1911 in das Grundbuch eingetragen. Die Beschwerde wurde vom Landgericht zurückgewiesen, auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Nach § 18 Abs. 1 GBO. hat das Grundbuchamt, wenn einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, entweder den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller zur Hebung des Hindernisses durch Zwischenverfügung eine angemessene Frist zu setzen. Für die Ausübung einer Wahl zwischen Zurückweisung oder Zwischenverfügung nach dem von der Schwierigkeit oder Leichtigkeit der Hebung des Hindernisses zu bestimmenden Ermessen des Grundbuchamts ist, abgesehen von anderen Fällen, dann kein Raum, wenn eine Zwischenverfügung ihrer Natur nach ausgeschlossen ist. Die Zwischenverfügung bewirkt, daß sich die Rangstellung der beantragten Eintragung nach dem Zeitpunkte des Eingangs des Antrags und nicht nach dem Zeitpunkte der Hebung des Hindernisses richtet. Bei gleichzeitigem oder späterem Eingang eines dasselbe Recht betreffenden begründeten Eintragungsantrags ist deshalb gemäß § 18 Abs. 2 GBO. zugunsten des anderen, die Grundlage einer Zwischenverfügung bildenden Antrags, wenn durch diesen Antrag eine Rechtsänderung begehrt wird, eine Vormerkung oder, wenn eine Grundbuchberichtigung in Frage steht, ein Widerspruch einzutragen. Die begehrte Eintragung muß hiernach einen Inhalt haben, der durch die angegebenen eine endgültige Buchung vorbereiteten Vermerke geschützt werden kann. Fehlt es an einem solchen Inhalte des Eintragungsantrags, so ist eine Zwischenverfügung ausgeschlossen.

Auf dieser Grundlage ist von den Vorinstanzen die Möglichkeit, auf den Eintragungsantrag vom 31. Oktober 1911 eine Zwischenverfügung zu erlassen, mit Recht verneint. Der Antrag ging auf Eintragung einer Hypothek für eine verzinsliche Forderung, ohne daß der nach § 1115 BGB. einen notwendigen Bestandteil der Eintragung bildende Zinssatz angegeben war. Es war nach dem Inhalte des Antrags und der ihm zugrunde liegenden, in derselben Urkunde enthaltenen Erklärungen klar, daß die Unterlassung der Angabe des Zinssatzes auf einem bloßen Versehen beruhte; aber es bestand nach der Urkunde keinerlei Anhalt für die Höhe des beabsichtigten Zinssatzes. Zugunsten eines mit einem derartigen Mangel behafteten Antrags hätte keine Vormerkung eingetragen werden können. Denn braucht eine solche auch nicht mit allen für die endgültige Eintragung vorgeschriebenen Merkmalen, insbesondere die Vormerkung einer Hypothek nicht mit der Angabe des Zinssatzes ausgestattet zu werden, so muß sich doch aus dem Antrage, dessen endgültige Erledigung an der durch den Zeitpunkt seines Eingangs bestimmten Rangstelle durch die Vormerkung gesichert werden soll, der Umfang der begehrten Grundstücksbelastung auch hinsichtlich der bei der endgültigen Eintragung miteinzutragenden Zinsen ergeben. Ist dies nicht der Fall, so stehen die Grenzen nicht fest, innerhalb deren die in der Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsantrage fehlende Angabe des Zinssatzes mit Wirkung gegenüber konkurrierenden Berechtigten

nachgeholt werden kann. Soweit es sich um die Konkurrenz anderer Hypothekengläubiger oder sonstiger im Range gleich= oder nachstehender Berechtigter im Sinne des § 1119 BGB. handelt, könnte allerdings angenommen werden, daß der Grundstückseigentümer, der die Eintragung einer Hypothek in der mangelhaften Weise bewilligt und beantragt hat, das Recht habe, seine Erklärung im Rahmen des § 1119, also durch die Angabe eines Zinssatzes bis 5 vom Hundert zu ergänzen. Eine derartige Ergänzung würde aber untunlich sein, wenn die ursprüngliche Erklärung, was zurzeit ihres Eingangs beim Grundbuchamt als möglich in Betracht gezogen werden kann, nach der Absicht des Erklärenden auf einen Zinssatz von mehr als 5 vom Hundert lauten sollte und eine entsprechende Einigung (§ 873 BGB.) mit dem anderen Teile zustande gekommen war. Ueberdies versagt der § 1119 ganz und gar, wenn vor der Erledigung des Antrags auf Eintragung der Hypothek die Eintragung einer Eigentumsänderung beantragt wird. Das ist auch eine dasselbe Recht, nämlich das Eigentumsrecht, betreffende Eintragung im Sinne des § 18 Abs. 2 GBO., aber keine zu der Eintragung der Hypothek in einem Rangverhältnisse stehende Eintragung im Sinne des § 1119 BGB. Nach der Eintragung eines neuen Eigentümers ist der bisherige Eigentümer, dessen Bewilligung und Antrag auf Eintragung einer verzinslichen Hypothek an dem Mangel der Angabe des Zinssatzes leidet, zur Nachholung dieser Angaben nicht mehr befugt. Schon wegen der Möglichkeit dieses Kollisionsfalles eignet sich ein mangelhafter Antrag der in Rede stehenden Art nicht zur Sicherung durch eine Vormerkung.

Danach rechtfertigt es sich, daß das Grundbuchamt den Antrag vom 31. Oktober 1911 ohne vorherige Zwischenverfügung gleich endgültig zurückgewiesen hat. Auch die Ausführung in der weiteren Beschwerde, daß das Grundbuchamt mit Rücksicht auf die Beseitigung des Mangels durch die ergänzende Erklärung vom 13. November 1911 der gleichzeitig mit der Ueberreichung dieser Erklärung eingelegten Beschwerde gemäß § 75 GBO. hätte abhelfen müssen, ist unbegründet. Wird gegen die Zurückweisung eines Antrags, der nicht Erfolg haben kann, Beschwerde eingelegt, so kann dieser nicht um deswillen stattgegeben werden, weil mit ihr ein neuer (zulässiger und begründeter) Antrag verbunden ist. Mit der Beschwerde kann nur, wenn auch unter Vorbringung neuer Tatsachen (§ 74 GBO.), die nochmalige Prüfung des zunächst gestellten oder eines etwa darin enthaltenen eingeschränkten Antrags verlangt werden. Darum handelte es sich hier nicht, sondern um einen in der Form der Ergänzung des früheren Antrags angebrachten neuen Antrag. Ueber diesen war, wie geschehen, in einem neuen Verfahren zu entscheiden.

Zulässigkeit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit mit der Bestimmung, daß die Dienstbarkeit erlöschen soll, falls das Grundstück, zu dessen Gunsten sie bestellt wird, in das Eigentum einer anderen Person als eines Abkömmlings des gegenwärtigen Eigentümers gelangt.

§§ 158, 1018, 1019 BGB.

Oberstes Landesgericht München, 15. März 1912. — Bd. 12 S. 69.

Die Maurerseheleute Johann und Olga M. verkauften im Juni 1911 ihr Wohnhaus Nr. 30 mit Hof, Pl. Nr. 308, an die Maurerseheleute

Heinrich und Louise B. Anschließend an den Kaufvertrag vereinbarten die Käufer und die Verkäufer:

„Das Grundstück Pl. Nr. 308 wird zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Pl. Nr. 309, das der Mutter des Verkäufers Johann M. gehört, derart belastet, daß der zu Pl. Nr. 308 gehörende Hofraum nicht verbaut werden darf. Diese Grunddienstbarkeit soll jedoch erlöschen und ihr Ende erreichen, sobald das Grundstück Pl. Nr. 309 auf eine andere Person als die jetzige Eigentümerin, deren Sohn Johann M. oder einen Abkömmling des letzteren eigentümlich übergeht."

Zugleich bewilligten und beantragten die Eheleute B. die Eintragung dieser Grunddienstbarkeit auf dem Blatte ihres Grundstücks Pl. Nr. 308.

Das Grundbuchamt trug die Auflassung ein, lehnte aber den Antrag auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit ab, und zwar aus folgenden Gründen: An sich sei es zulässig, eine Grunddienstbarkeit unter einer auflösenden Bedingung zu bestellen. Allein die Bedingung dürfe nicht dem Wesen der Grunddienstbarkeit widersprechen. Durch die vereinbarte auflösende Bedingung werde das Recht auf gewisse Personen beschränkt. Es stehe nicht einem herrschenden Grundstücke, sondern ganz bestimmten Rechtssubjekten zu. Das Recht sei deshalb im Grunde genommen nichts anderes als eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Sinne des § 1090 BGB. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf die weitere Beschwerde hat das bayrische oberste Landesgericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Grundbuchamt angewiesen, in der Sache anderweit zu entscheiden und zwar nach Maßgabe der folgenden Gründe:

Nach dem § 1018 GBO. kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Das Bauverbot, mit dem die Pl. Nr. 308 belastet werden soll, kann hiernach den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden.

Eine Grunddienstbarkeit kann, da eine es ausschließende Vorschrift nicht besteht, unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden (§ 158 BGB.). Die Bedingung darf jedoch nicht einen derartigen Inhalt haben, daß durch sie der Begriff der Grunddienstbarkeit berührt wird.

Zum Begriffe der Grunddienstbarkeit gehört, daß das Recht, mit dem das Grundstück belastet werden soll, dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstücks zusteht (§ 1018 BGB.). Im vorliegenden Falle ist vereinbart, daß das Bauverbot erlöschen soll, sobald das Eigentum an dem Grundstücke Pl. Nr. 309 auf eine andere Person als den Sohn Johann der gegenwärtigen Eigentümerin oder einen Abkömmling desselben übergeht. Das Bauverbot soll hiernach der gegenwärtigen Eigentümerin, deren Sohn Johann und dessen Abkömmlingen nicht ohne weiteres, sondern nur als Eigentümern der Pl. Nr. 309 zustehen. Geht das Eigentum von einer der genannten Personen auf eine andere Person über, so soll das Bauverbot auch dann erloschen bleiben, wenn etwa später die gegenwärtige Eigentümerin oder ihr Sohn Johann oder einer seiner Abkömmlinge das Eigentum an der Pl. Nr. 309 wieder erwerben sollte. Das Bauverbot ist also nicht zugunsten der Familie der gegenwärtigen Eigentümerin der Pl. Nr. 309, sondern nur zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Pl. Nr. 309, solange dieser Eigentümer der Familie

der gegenwärtigen Eigentümerin angehört, bestellt. Damit ist dem Erfordernisse der Verknüpfung des Rechts, das den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden soll, mit dem Eigentum an einem Grundstücke genügt. Daß die Verknüpfung eine dauernde ist, gehört nicht zum Wesen der Grunddienstbarkeit. Die Dauer der Verknüpfung kann von der Dauer des Eigentums bestimmter Personen abhängen.

Nach dem § 1019 BGB. muß die Belastung, welche den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden soll, für die Benützung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bieten. Daß ein Bauverbot für die Benützung des Grundstücks des Berechtigten Vorteil bietet, ist zweifellos. Es wirft sich aber die Frage auf, ob nicht ein auf die Dauer des Eigentums einer bestimmten Familie beschränktes Bauverbot nur für die Familie Vorteil bietet. Die Frage ist zu verneinen. Denn die Familienmitglieder haben den Vorteil nicht als solche, sondern nur weil und nur solange sie Eigentümer des Grundstücks sind. Das Bauverbot dient also dem Grundstück unmittelbar, es gewährt ihm selbst einen Vorteil. Dieser Vorteil dauert auch so lange, als die Grunddienstbarkeit selbst besteht. Daß, da die Grunddienstbarkeit stelbst auf die Dauer des Eigentums der Familie an dem Grundstücke beschränkt ist, auch der Vorteil dem Grundstücke nicht ständig, sondern nur für die Dauer des Eigentums der Familie zukommt, ist ohne Belang. Dies ist die notwendige Folge davon, daß die Grunddienstbarkeit eine auflösend bedingte ist, und kann eben deshalb nicht dem Begriffe der Grunddienstbarkeit widersprechen.

Berichtigung des Grundbuchs auf Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird, ohne den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs; Erfordernis der Genehmigung des Nachlaßgerichts, wenn das betroffene Recht zu einem Nachlasse gehört und die Berichtigung von einem Nachlaßpfleger bewilligt wird.

§§ 19, 22 GBO.; §§ 1812, 1915 BGB.

Kammergericht Berlin, 18. März 1912. — Bd. 12 S. 71.

Auf dem Blatte des Grundstücks Band 48 Blatt 2322 ist in Abteilung III Nr. 29 eine Hypothek von 45 000 M. für die unbekannten Erben der am 4. Mai 1906 verstorbenen Witwe Emilie V. eingetragen. Der Pfleger des Nachlasses der Witwe V. hat in einer notariell beglaubigten Urkunde vom 20. Oktober 1911 mit der Erklärung, daß die Hypothek zum Vermögen des Heinrich V. gehöre, ihre Umschreibung auf die namentlich bezeichneten Erben des Heinrich V. zum gemeinschaftlichen Eigentume bewilligt; die Erben haben die Umschreibung beantragt. Das Grundbuchamt verlangte durch eine Zwischenverfügung die Genehmigung des Nachlaßgerichts. Das Landgericht wies die hiergegen erhobene Beschwerde zurück. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Der Umschreibungsantrag gründet sich auf die Umschreibungsbewilligung des Nachlaßpflegers. Eine Eintragungsbewilligung kann der Rechtsänderung oder der Berichtigung dienen. Im ersten Falle stellt sie eine Verfügung im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs dar, weil die durch sie herbeigeführte Eintragung in Verbindung mit der materiellrechtlichen Erklärung unmittelbar eine

Aenderung des Rechtszustandes bewirkt. Für die Berichtigungsbewilligung gilt dies nicht, weil die Aenderung der Rechtslage bereits außerhalb des Grundbuchs vor sich gegangen ist und durch die Eintragung nur beurkundet wird, weil die Bewilligung also nicht die Aenderung der Rechtslage herbeiführen, sondern nur die bereits anderweit geänderte Rechtslage sichern will. Es fragt sich, ob dieser Unterschied auch für die Fälle von Bedeutung ist, in denen es zu einer Verfügung einer behördlichen Genehmigung bedarf, ob also — mit anderen Worten — eine solche Genehmigung im Grundbuchverkehre daher nur dann, wenn der Eintragung eine Rechtsänderungsbewilligung, nicht aber auch dann erforderlich ist, wenn ihr eine Berichtigungsbewilligung zugrunde liegt. Zu diesen Fällen gehört im Gebiete des Vormundschaftsrechts außer den Fällen des § 1821 BGB. und des § 1822 BGB. auch der Fall des § 1812 BGB. Nach dieser Vorschrift darf der Vormund über eine Forderung oder ein anderes Recht, kraft dessen der Mündel eine Leistung verlangen kann, also insbesondere über eine Hypothek, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen, falls ein Gegenvormund nicht vorhanden ist. Diese Vorschrift findet nach § 1915 Abs. 1 BGB. auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung, greift daher auch für die Nachlaßpflegschaft Platz, nur mit dem Unterschiede, daß an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht tritt (§ 1962 BGB.) Der Nachlaßpfleger bedarf hiernach zu der Abtretung einer Nachlaßhypothek der Genehmigung des Nachlaßgerichts. Es fragt sich aber, ob es einer solchen Genehmigung auch dann bedarf, wenn die Nachlaßhypothek außerhalb des Grundbuchs auf einen Dritten übergegangen ist und der Nachlaßpfleger die Umschreibung mittels einer Berichtigungsbewilligung herbeiführen will. Diese Frage ist hier zu entscheiden, weil die von dem Nachlaßpfleger ausgestellte Umschreibungsbewilligung offenbar als eine Berichtigungsbewilligung gemeint ist. Denn die Erteilung der Bewilligung ist nicht unter Hinweis auf irgendeinen rechtsgeschäftlichen Akt, insbesondere eine Abtretung, sondern mit der Erklärung gerechtfertigt, es sei inzwischen festgestellt worden, daß die Hypothek zu dem Vermögen des Heinrich V. gehöre.

Nach § 19 GBO. erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Da diese Vorschrift auch für die Berichtigungsbewilligung gilt, so ist im Falle der Erteilung einer Berichtigungsbewilligung derjenige bewilligungsberechtigt, dessen Recht von der Berichtigung betroffen ist. Soll, wie hier, die Berichtigung darin bestehen, daß an Stelle des eingetragenen Hypothekengläubigers ein anderer als Hypothekengläubiger eingetragen wird, so wird von der Berichtigung das Buchrecht des eingetragenen Hypothekengläubigers betroffen. Nur dieser ist also zur Ausstellung der Berichtigungsbewilligung befugt. Ist das Recht für einen Mündel gebucht, so hat der Vormund oder Pfleger die Berichtigungsbewilligung zu erteilen. In einer Reihe von Fällen darf der Vormund oder dessen Pfleger eine der Rechtsänderung dienende Bewilligung nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausstellen. Es sind dies die oben erwähnten Fälle der §§ 1812, 1821, 1822 BGB. In diesen Fällen ist daher zur Ausstellung der Bewilligung nur der Vormund (Pfleger) in Gemeinschaft mit dem Vormundschaftsgerichte befugt. Dieser Rechtssatz gilt, wie bemerkt, zunächst nur für den Fall der Rechtsänderung. Es muß aber auch auf den Fall übertragen werden, daß eine Berichtigungsbewilligung ausgestellt wird. Die Grundbuchordnung hat

zwar durch die gesetzliche Anerkennung der Berichtigungsbewilligung dem als Berechtigten Eingetragenen die Macht verliehen, kraft seines bloßen Willens die Berichtigung des Grundbuchs herbeizuführen. Diese rechtliche Macht hat aber ihre Grenzen. Das Kammergericht (RJA. 9, 203) und ihm folgend das Reichsgericht (Entsch. d. RG. 73, 154) haben allerdings dem als Eigentümer eines Grundstücks Eingetragenen das Recht zugesprochen, durch seine bloße Berichtigungsbewilligung, also ohne Beobachtung der Auflassungsform, die Eintragung eines neuen Eigentümers zu bewirken. Sie haben jedoch dieses Recht für den Fall versagt, daß der Grundbuchrichter die wahre Rechtslage kennt, also weiß, daß der neu Einzutragende nicht Eigentümer ist. Die Uebertragung dieser Auffassung auf den vorliegenden Fall würde zu einer Zurückweisung der Berichtigungsbewilligung eines Vormundes (Pflegers) freilich nur dann führen, wenn der Grundbuchrichter wüßte, daß der neu Einzutragende nicht Hypothekengläubiger ist, wenn der Grundbuchrichter also namentlich wüßte, daß der Mündel der wahre Berechtigte ist. Es muß indessen aus der öffentlichrechtlichen Stellung des Vormundes (Pflegers) und dem hieraus sich ergebenden Aufsichtsrechte des Vormundschaftsgerichts (§§ 1837, 1915 BGB.) einerseits und dem für die Prüfung der Legitimationsbefugnis durch den Grundbuchrichter geltenden Grundsatze der Sachprüfung (Legalitätsprinzip) andererseits noch eine weitere Einschränkung der rechtlichen Macht des Vormundes (Pflegers) zur Ausstellung von Berichtigungsbewilligungen hergeleitet werden. Wenn der Vormund (Pfleger) in allen Fällen zu der Erteilung von Berichtigungsbewilligungen selbständig berechtigt wäre, so würde er die dem formellen Rechte angehörige Berichtigungsbewilligung dazu benutzen können, um ohne die Zuziehung des Vormundschaftsgerichts auch über solche Vermögenswerte des Mündels zu verfügen, die das materielle Recht durch die §§ 1812, 1821, 1822 BGB. gerade unter die besondere Obhut des Vormundschaftsgerichts gestellt hat. Allerdings wird durch die auf Grund der Berichtigungsbewilligung erfolgende Berichtigungseintragung allein das Vermögen des Mündels noch nicht gemindert. Dieser Erfolg kann indessen durch einen sich an die Berichtigungseintragung anschließenden gutgläubigien Erwerb eines Dritten herbeigeführt werden. Dem Vormund (Pfleger) eine solche Macht zu verleihen, widerspricht dem Sinne der angezogenen Vorschriften des Vormundschaftsrechts. Auf der anderen Seite ist es aber auch nicht gerechtfertigt, in den Fällen, in denen ein Vormund (Pfleger) die Berichtigung des Grundbuchs namens seines Mündels herbeiführen will, lediglich den durch den § 22 GBO. vorgezeichneten Weg des Nachweises der Unrichtigkeit für gangbar zu erachten. Das würde dem aus den §§ 19, 22 GBO. zu entnehmenden gesetzlichen Standpunkte widersprechen, daß die Berichtigung des Grundbuchs nicht nur vermittelst des Nachweises der Unrichtigkeit, sondern auch vermittelst der Ausstellung einer Berichtigungsbewilligung erzielt werden darf.

Eine diesen Standpunkt wahrende und zugleich praktisch befriedigende Lösung kann hiernach nur in der Aufstellung des Grundsatzes gefunden werden: der Vormund (Pfleger) bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) zu der Ausstellung einer Berichtigungsbewilligung hinsichtlich derjenigen Rechte des Mündels, über die er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) nicht verfügen darf. Nach diesem aus dem Wesen der Berichtigungsbewilligung sich ergebenden materiellen Rechtssatz ist

einesteils der Vormundschaftsrichter (Gegenvormund) zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet, falls er nach der Prüfung der Rechtslage die Ansicht teilt, daß das Grundbuch unrichtig ist, und anderenteils der Vormund (Pfleger) in der Lage, ohne Erbringung des Nachweises der Unrichtigkeit und unter Vermeidung eines zum Zwecke dieses Nachweises zu führenden Rechtsstreits seiner Berichtigungsbewilligung Erfolg zu verschaffen.

Aus diesen Gründen ist in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen die bloße Berichtigungsbewilligung des Nachlaßpflegers für nicht ausreichend zu erachten.

Vormerkung zugunsten eines Antrags auf Eintragung einer Hypothek, wenn der Eintragung ein Hindernis entgegensteht; Unzulässigkeit der Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung der Vormerkung, nachdem inzwischen die Hypothek, wenn auch hinter anderen Rechten ohne Berücksichtigung der Vormerkung eingetragen worden ist.

§ 18 GBO.

Kammergericht Berlin, 25. März 1912. — Bd. 12 S. 74.

Der Firma F. und Comp. steht gegen den Kaufmann Adolf W. eine durch das Urteil des Landgerichts Berlin vom 18. Oktober 1911 für vorläufig vollstreckbar erklärte Forderung von 23 175 M. nebst Zinsen zu. Er beantragte in der am 23. Januar 1912, vormittags 9 Uhr 45 Minuten, eingegangenen Eingabe vom gleichen Tage, auf dem Blatte des damals dem Schuldner gehörenden Grundstücks Band 180 Blatt 6224 eine Sicherungshypothek in Höhe von 6000 M. einzutragen. Das Grundbuchamt erließ am 23. Januar 1912 eine Zwischenverfügung, durch die es die Verteilung der Forderung auf die beiden das genante Blatt bildenden Grundstücke und einen neuen Handelsregisterauszug für die Firma F. und Comp. verlangte, und trug, als am 23. Jan. 1912, vormittags 10 Uhr 38 Minuten, ein Antrag der Frau Louise R. auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung einging, mit dem Range vor dieser in Abteilung III Nr. 9 und 10 auf jedem der beiden Grundstücke eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung der Sicherungshypothek in Höhe von je 6000 M. ein. Gegen die Zwischenverfügung legte Frau R. am 5. Februar 1912 Beschwerde ein. Am 8. Februar 1912 überreichte die Firma F. und Comp. den verlangten Registerauszug mit dem Antrage, je 3000 M. auf den beiden Grundstücken einzutragen. Auf Grund der Auflassung des Adolf W. vom 14. Februar 1912 wurde die Frau R. am 22. Februar 1912 als Eigentümerin der beiden Grundstücke eingetragen. Auf die Beschwerde der Frau R. wies das Landgericht durch den Beschluß vom 10. Februar 1912 das Grundbuchamt an, die beiden Vormerkungen zu löschen. Die Löschung erfolgte am 22. Februar 1912. An dem gleichen Tage wurden in Abteilung III Nr. 11 bis 16 sechs Zwangshypotheken eingetragen, und zwar die Hypotheken Nr. 11 bis 14 für eine offene Handelsgesellschaft Otto M., die Hypotheken Nr. 15 und 16 für die Firma F. und Comp.; die beiden letzten Hypotheken sind die, zu deren Gunsten die Vormerkungen eingetragen worden waren.

Gegen den landgerichtlichen Beschluß legte die Firma F. und Comp. weitere Beschwerde ein mit dem Antrag, einen Widerspruch gegen die Löschung einzutragen. Das Kammergericht hat die weitere Beschwerde zurückgewiesen.

In den Gründen ist ausgeführt:

Das Verlangen auf Eintragung eines Widerspruchs ist unbegründet. Ein Widerspruch kann nur eingetragen werden, wenn das Grundbuch unrichtig ist (§ 34 Abs. 1 GBO.). Es ist nun schon zweifelhaft, ob durch die ungerechtfertigte Löschung einer Vormerkung das Grundbuch überhaupt unrichtig werden kann oder ob nicht vielmehr durch die Löschung der Vormerkung deren Wirkungen in jedem Falle erlöschen. Selbst wenn aber der ersten Ansicht beigetreten und auch weiter angenommen wird, daß die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung einer Vormerkung an sich zulässig ist — auch das ist streitig — so ist doch hier die Eintragung eines Widerspruchs aus einem anderen Grunde nicht statthaft. Die beiden Vormerkungen waren auf Grund des § 18 Abs. 2 GBO. zugunsten des Antrags auf Eintragung der Sicherungshypothek eingetragen worden. Sie verloren ihre Wirksamkeit also mit dem Augenblick, in dem dem Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek stattgegeben und diese eingetragen wurde. Diese Eintragung ist am 22. Februar 1912 in Abteilung III Nr. 15 und 16 erfolgt. Obwohl es sich hierbei um eine erst nach dem Erlaß und der Zustellung des landgerichtlichen Beschlusses eingetretene neue Tatsache handelt, ist ihre Berücksichtigung in der dritten Instanz zulässig. Selbst wenn daher durch die Löschung der beiden Vormerkungen das Grundbuch unrichtig geworden wäre, so wäre diese Unrichtigkeit doch dadurch wieder beseitigt worden, daß an dem gleichen Tage die beiden beantragten Sicherungshypotheken eingetragen worden sind. Für eine Wiederherstellung der beiden Vormerkungen war von nun an kein Raum mehr. Allerdings ist durch die Eintragung der beiden Sicherungshypotheken nicht dieselbe Rechtslage geschaffen worden, wie sie entstanden wäre, wenn die Eintragung mittels Umschreibung der Vormerkungen bewirkt wäre. Denn die beiden Vormerkungen haben den Rang vor der in Abteilung II Nr. 12 eingetragenen Auflassungsvormerkung und vor allen hinter ihnen in der III Abteilung einzutragenden Rechten gehabt, während die beiden Sicherungshypotheken hinter der Auflassungsvormerkung und den Hypotheken Abteilung III Nr. 11 bis 14 stehen. Diese Verschiebung der Rechtslage kann aber nicht durch die Wiedereintragung der Vormerkungen, sondern nur dadurch wieder gutgemacht werden, daß die voreingetragenen Berechtigten den Sicherungshypotheken den Vorrang einräumen oder dazu verurteilt werden. Kann hiernach die Wiedereintragung der Vormerkungen nicht verlangt werden, so ist auch die Eintragung eines Widerspruchs unzulässig.

Telegraphische Einlegung der Beschwerde durch eine Behörde. Erfordernis der eigenhändigen Unterzeichnung der Urschrift des Telegramms durch den zuständigen Beamten.

§§ 22, 29 FGG.

Kammergericht Berlin, 8. März 1912. — Bd. 12 S. 77.

Das Landgericht Th. hat als Beschwerdegericht durch Beschluß vom 6. Januar 1912 angeordnet, daß eine Eintragung im Sterberegister des

Standesamts Th. zu berichtigen ist. Dieser Beschluß wurde dem Regierungspräsidenten am 7. Februar 1912 zugestellt. Am 21. Februar ging bei dem Landgerichte Th. ein Telegramm folgenden Wortlauts ein:

„Gegen den am 7. Februar zugestellten Standesregister-Berichtigungsbeschluß lege ich weitere Beschwerde ein, Regierungs-Präsident."

Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt, und zwar aus folgenden Gründen:

Die Einlegung des Rechtsmittels kann als formgerecht nicht angesehen werden. Da der landgerichtliche Beschluß die Berichtigung einer Eintragung im Standesregister zum Gegenstande hat, so unterliegt er gemäß § 70 und § 29 Abs. 2 FGG. der sofortigen weiteren Beschwerde, die gemäß § 22 und § 29 Abs. 4 FGG. an eine mit der Bekanntmachung beginnende zweiwöchige Frist gebunden ist. Die Zustellung des landgerichtlichen Beschlusses ist am 7. Februar 1912 erfolgt, mithin lief die Frist zur Erhebung der sofortigen weiteren Beschwerde mit Endigung des 21. desselben Monats ab. An diesem Tage ist nun zwar beim Landgerichte das Telegramm eingegangen, in dem der Regierungspräsident ausdrücklich die Einlegung der weiteren Beschwerde erklärt. Das Telegramm genügt aber nicht den Anforderungen, die an eine ordnungsmäßige Beschwerdeschrift zu stellen sind. Wie das Kammergericht bereits mehrfach ausgesprochen hat, bedarf die Beschwerdeschrift zu ihrer Wirksamkeit der eigenhändigen Unterschrift des Beschwerdeführers. Dieses Erfordernis ist unerläßlich, weil die Unterschrift dazu bestimmt ist, das Einverständnis des Unterzeichners mit dem Inhalte des Schriftstücks zum Ausdrucke zu bringen, und weil die eigenhändige Vollziehung als das am meisten geeignete Mittel zu der Feststellung erscheint, daß diejenige Person, die als die Urheberin des Schriftstücks bezeichnet ist, von dessen Inhalt auch wirklich Kenntnis hat und dadurch ihren wahren Willen betätigt (KGJ. 26 A, 172; 35 A, 3, RJA. 11, 1). Als eine schriftliche Willenserklärung kann allerdings, wie das Kammergericht bereits in einem ganz gleichliegenden Falle unter ausführlicher Begründung dargelegt hat (KGJ. 35 A, 3) für den Bereich des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch die durch Telegramm übermittelte Erklärung angesehen werden, indem davon auszugehen ist, daß das in Text und Unterschrift mit der Aufgabeurschrift wörtlich übereinstimmende Telegramm eine Urkunde darstellt, die gewissermaßen von dem Aufgeber selbst unter Benutzung von Menschen- und Naturkräften als seinen Werkzeugen zum Ausdrucke seines Willens angefertigt wird. Um aber die Gewähr zu erlangen, daß das Telegramm tatsächlich von dem Aufgeber zum Ersatze der schriftlichen, von ihm selbst vollzogenen Urkunde bestimmt ist, muß einerseits die aufgegebene Urschrift des Telegramms die eigenhändige Namensunterschrift des Aufgebers enthalten, andererseits muß in der Telegrammausfertigung sich unter dem Text ein Name befinden, der die Unterschrift des Aufgebers darstellt. In dieser Hinsicht müssen an Beschwerdeschriften von Privatpersonen und Behörden die gleichen Anforderungen gestellt werden. Es genügt deshalb nicht, wenn die beschwerdeführende Behörde nur ihre amtliche Bezeichnung ohne den Namen des für sie handelnden zuständigen Beamten unter den Text des Telegramms setzt. So liegt der vorliegende Fall. Das Telegramm vom 21. Februar 1912 trägt lediglich die Unterschrift „Regierungs-Präsident" ohne Hinzufügung eines Namens.

Das Telegramm bildet deshalb keinen genügenden Ersatz für eine Beschwerdeschrift und hat die wirksame Einlegung der weiteren Beschwerde nicht herbeigeführt.

Entziehung des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes, wenn der Vater die Herausgabe des Kindes von einem Dritten, der es mit Zustimmung des Vaters seit Jahren in Pflege hat, gegen das Interesse des Kindes verlangt. Beschwerderecht des Dritten gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den sein Antrag, dem Vater das Recht der Personensorge zu entziehen, abgelehnt wird.

§§ 1666 BGB. § 57 Nr. 9 FGG.

Oberstes Landesgericht München, 26. April 1912. — Bd. 12 S. 86.

Aus der Ehe der Schuhmacherseheleute Friedrich und Katharina K. sind drei Kinder, Anna, Dorothea und Ludwig, hervorgegangen. Nachdem Katharina K. 1903 gestorben war, verehelichte sich Friedrich K. 1904 mit seiner jetzigen Ehefrau Josephine K. Aus dieser Ehe sind drei weitere Kinder im Alter von 7, 4 und 2 Jahren hervorgegangen.

Die 1898 geborene Tochter Dorothea K. wurde von Friedrich K., als sie erst 6 Wochen alt war, den Tagelöhnerseheleuten Ku. zur Pflege übergeben; dies geschah zunächst deshalb, weil Friedrich K. und seine Frau täglich zur Arbeit gingen und sich deshalb der Erziehung des Kindes nicht in richtiger Weise annehmen konnten: Als dann die Mutter starb, blieb das Kind bei den Eheleuten Ku., da der Vater als alleinstehender Witwer nicht imstande war, die Erziehung seiner Kinder selbst zu leiten. Schließlich hatten die Pflegeeltern das Kind so lieb gewonnen, daß sie es selbst nicht mehr aus den Händen lassen wollten. So kam es, daß es bis jetzt ohne Unterbrechung von den Eheleuten Ku. verpflegt und erzogen wurde. In den ersten vier Jahren bezahlte Friedrich K. den Ku.schen Eheleuten einen wöchentlichen Unterhaltungsbeitrag, dann leistete er für den Unterhalt seiner Tochter überhaupt nichts mehr, nur stattete er sie einige Male mit Schuhwerk aus. Daß er in den späteren Jahren jegliche Zahlung unterließ, hatte seinen Grund in einer zwischen ihm und den Eheleuten Ku. getroffenen Vereinbarung, wonach er sich verpflichtete, das Kind den Ku.schen Eheleuten vollständig zu überlassen und es nicht mehr zurückzufordern. Seit dieser Abmachung hat sich Friedrich K. nie mehr um die Erziehung und das Ergehen seiner Tochter gekümmert und sie auch niemals bei ihren Pflegeeltern besucht.

Im Jahre 1911 trat er nun plötzlich an die Ku.schen Eheleute mit der Aufforderung heran, ihm das Kind herauszugeben, und erhob, als diese der Aufforderung nicht nachkamen, am 6. Oktober 1911 Klage auf Herausgabe des Kindes. Daraufhin stellte der Ehemann Ku. bei dem Vormundschaftsgerichte den Antrag, dem Friedrich K. das Recht der Fürsorge für das Kind Dorothea K. zu entziehen und anzuordnen, daß das Kind auch fernerhin bei den Eheleuten Ku. verbleiben dürfe. Das Vormundschaftsgericht lehnte den Antrag unter Billigung des Landgerichts ab. Auf die weitere Beschwerde hat das oberste Landesgericht München unter Aufhebung des landgerichtlichen

Beschlusses die Sache zur anderweitigen Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

In den Gründen ist ausgeführt:

Daß der Beschwerdeführer zur Einlegung der weiteren Beschwerde berechtigt ist, kann nach § 57 Nr. 9 FGG. nicht zweifelhaft sein. Mit Recht hat das Landgericht angenommen, daß der Beschwerdeführer dadurch, daß er seit vielen Jahren die Dorothea K. auf Grund der mit ihrem Vater getroffenen Vereinbarung erzogen hat, in ein so nahes, elternartiges Verhältnis zu ihr getreten ist, daß er ein berechtigtes Interesse daran hat, die hier fragliche Angelegenheit wahrzunehmen. Die Beschwerde ist also formell nicht zu beanstanden; es kann ihr aber auch der Erfolg nicht versagt werden.

Zutreffend geht der angefochtene Beschluß davon aus, daß Dorothea K. unter der elterlichen Gewalt ihres Vaters steht, diesem sonach das Recht und die Pflicht der Sorge für sie und infolgedessen auch das Recht zusteht, sie zu erziehen, ihren Aufenthalt zu bestimmen und ihre Herausgabe von jedem zu verlangen, der sie ihm widerrechtlich vorenthält. Der angefochtene Beschluß verkennt auch nicht, daß der Vater der Dorothea K. in diesen Rechten durch das Eingreifen des Vormundschaftsgerichts beschränkt werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 1666 BGB. gegeben sind. Mit unzureichender Begründung verneint aber das Landgericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen.

Allerdings rechtfertigt die Tatsache, daß der Vater das Kind bisher vernachlässigt hat, nicht ohne weiteres den Schluß, daß das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß es dem Beschwerdeführer genommen wird. Auch läßt das bisherige Verhalten des Vaters gegenüber dem Kinde für sich allein noch nicht den Schluß auf eine ehrlose und unsittliche Gesinnung und auf eine infolge hiervon zu besorgende Gefährdung des Kindes zu.

Mit Recht wirft aber der Beschwerdeführer dem Landgericht ungenügende Berücksichtigung der Rechte des Kindes vor. Das Landgericht beschränkt sich im wesentlichen darauf, festzustellen, daß in der Person des Vaters Gründe, welche ein Eingreifen nach § 1666 BGB. rechtfertigen können, nicht vorliegen, unterläßt aber jedes weitere Eingehen auf die Frage, ob solche Gründe nicht in der Person des Kindes gegeben sind.

Nach dem unbestritten feststehenden Tatbestand hat Friedrich K. sein Kind, für das er selbst nicht sorgen konnte, im frühesten Kindesalter den Eheleuten Ku. zur Pflege und Erziehung überlassen, er hat sich seitdem nie mehr um das Kind gekümmert, er hat sogar durch einen allerdings gegen § 138 BGB. verstoßenden Vertrag auf die Herausgabe des Kindes für alle Zeiten verzichtet, er hat also niemals seine Vaterpflichten in irgendwelcher Weise erfüllt. Dadurch hat er selbst schuldhafterweise verursacht, daß er seinem Kinde als ein vollständig Fremder gegenübersteht, daß dieses nicht in ihm, sondern in dem Beschwerdeführer, der wie ein Vater an ihm gehandelt hat, seinen wirklichen Vater erblickt. Durch dieses Verhalten des Friedrich K. hat die Dorothea K. Ansprüche gegen ihren Vater erlangt, die bei Beurteilung der Sache nicht außer acht gelassen werden dürfen. Die Tochter kann von dem Vater, der sich 14 Jahre lang nicht um sie gekümmert und die Sorge fremden Leuten überlassen hat, mit Recht verlangen, daß er sie nicht aus dem Kreise der Leute, die es lieb gewonnen hat und in dem es sich wohl fühlt, ohne

gerechtfertigten Grund herausreißt und in eine Umgebung hineinzwingt, die ihr fremd ist und in die sie nur mit Widerwillen gehen würde. Dieses Recht muß ihr um so mehr zuerkannt werden, da der Vater triftige Gründe für die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs nicht vorbringt. Die Vermutung liegt nahe, daß sein Verlangen nur auf Eigennutz zurückzuführen ist. Denn nach seinem bisherigen Verhalten ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß er die Herausgabe des Kindes jetzt nur deshalb verlangt, weil er sich plötzlich seiner Vaterpflichten erinnert hat, nicht aber deshalb, weil das Kind jetzt arbeitsfähig geworden ist und ihm durch seinen Verdienst dazu helfen soll, seine übrige Familie leichter zu unterhalten. Es kann auch nicht davon gesprochen werden, daß er seiner Tochter überhaupt eine sichere Zukunft zu bieten vermag. Er hat festgestelltermaßen einen wöchentlichen Verdienst von 25 M. und muß mit diesem für eine Familie von sieben Köpfen sorgen, was ihm ohnehin schwer genug fallen wird. Die Annahme geht wohl nicht fehl, daß die Dorothea K., die bis jetzt in auskömmlichen Verhältnissen aufgewachsen ist, einer entbehrungsreichen Zukunft entgegengehen wird, wenn sie als achte in den Familienkreis ihres Vaters eintritt. Auch die Frage, ob sie ohne Not aus geordneten Verhältnissen herausgerissen und einer ungewissen Zukunft entgegengeführt werden darf, ist bei Beurteilung der Sache wohl zu erwägen, insbesondere hier, wo für das Verlangen des Vaters keinerlei ethisches Moment ersichtlich ist, vielmehr der Verdacht nicht abgewiesen werden kann, daß nur der Eigennutz maßgebend ist.

Das Recht der Sorge für die Person des Kindes ist — anders als die elterliche Nutznießung — den Eltern nicht in ihrem Interesse gegeben, sie haben es nur um des Kindes willen. Es ist nicht nur ihr Recht, sondern auch ihre Pflicht. Die Interessen des Kindes sind daher bei der Ausübung der Sorge für seine Person maßgebend. Freilich hat der Vater, solange das Kind in seiner Familie erzogen oder unterhalten wird, nach § 1617 BGB. Anspruch darauf, daß das Kind ohne Entgelt im elterlichen Haushalte Dienste leistet. Dieser Anspruch auf die Arbeit und die Dienste des Kindes ist jedoch nur eine Folge seines Aufenthalts im Elternhause, nicht aber haben umgekehrt die Eltern einen Anspruch darauf, daß das Kind im Elternhause verbleibt, damit es ihnen Dienste leistet. Ob das Kind im Elternhause zu bleiben hat, bestimmt sich ausschließlich nach dem Interesse des Kindes. Für die Beurteilung dieser Frage ist ohne Bedeutung das Interesse des Vaters, daß das Kind im Elternhause bleibt, damit es ihm Dienste leistet.

Der Vater darf den Anspruch auf Herausgabe des Kindes nur im Interesse des Kindes, nicht in seinem eigenen geltend machen. Verlangt er die Herausgabe des Kindes gegen dessen Interesse, so mißbraucht er sein Recht der Sorge für die Person des Kindes.

Diese Gesichtspunkte sind von dem Landgerichte nicht gewürdigt worden, als es verneinte, daß ein Mißbrauch des Fürsorgerechts vorliegt.

Auch bei der Verneinung der Frage, ob eine Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohles des Kindes zu befürchten ist, wird das Landgericht dem Zwecke des § 1666 BGB. zu wenig gerecht. Es mag sein, daß die Dorothea K., wie das Landgericht annimmt, bei ihrem Vater eine ordnungsgemäße Erziehung und Pflege finden wird. Damit allein ist es aber nicht getan, zu berücksichtigen ist auch, welchen Einfluß die Trennung von ihren Pflegeeltern

und die gegen ihren Willen erfolgte Verpflanzung in die Familie ihres Vaters auf die Gemütsverfassung der Dorothea K. mit Notwendigkeit haben muß. Das Landgericht sagt in dieser Beziehung lediglich, der durch die Trennung der Dorothea K. von ihren Pflegeeltern hervorgerufene Schmerz könne als eine Gefährdung im Sinne des § 1666 BGB. nicht erachtet werden und die Drohung, sie werde sich etwas antun, sei eine kindische, unüberlegte, keinesfalls ernst zu nehmende Aeußerung.

Es mag dahingestellt bleiben, ob letzteres zutrifft: Die Erfahrung lehrt bekanntlich, daß gerade Kinder im Alter der beginnenden Pubertät derartige Drohungen nicht allzu selten in die Tat umsetzen. Sicherlich darf auch einer solchen Drohung keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, sonst könnte mit ihr die ganze Familienrechtsgerichtsbarkeit vereitelt werden. Aber jedenfalls genügt es nicht, wenn das Landgericht nur den Schmerz, den die Trennung von den Pflegeeltern, nicht aber auch die Wirkungen, die die gewaltsame Verpflanzung in die Familie ihres Vaters auf die Dorothea K. ausüben muß, berücksichtigt. Diese ist kein Kind mehr, das sich nach Ueberwindung des Trennungsschmerzes schnell in eine neue Umgebung einfügt, sie steht vielmehr in einem Alter, in dem in der Regel schon ein sehr ausgeprägter eigener Wille vorhanden ist, der um so stärker hervortritt, je mehr ihm gewaltsam entgegengearbeitet wird.

Nach dem Inhalte der Akten hängt Dorothea K. offenbar an ihren Pflegeeltern mit ganzer Seele, während sie ihrem Vater nicht nur nicht mit Zuneigung, sondern mit Abneigung gegenübersteht; daß das bezüglich ihrer Stiefmutter in noch höherem Grade der Fall sein wird, kann mit Sicherheit angenommen werden.

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die jetzt schon bestehende Abneigung sich zu einem erbitterten Hasse steigern wird, wenn der Vater seinen Willen durchsetzt und die Tochter, nur um dem Vater ihre Stiefgeschwister aufziehen zu helfen, aus den Armen der Leute, die ihr von den frühesten Kindestagen an als Eltern gegolten haben, gerissen wird. Maßloser Haß gegen ihre neue Umgebung und Verbitterung gegen die staatlichen Einrichtungen, die solches zugelassen haben, wird also voraussichtlich das schließliche Ergebnis sein. Ob nicht bei Berücksichtigung dieser Momente von einer Gefährdung des geistigen Wohles der Dorothea K. gesprochen werden kann, hat das Landgericht nicht erwogen.

Der angefochtene Beschluß war daher aufzuheben und die Sache zur anderweitigen Beschlußfassung an die Vorinstanz zurückzuverweisen.

Unzulässigkeit der Unterbringung eines wegen Trunksucht entmündigten Volljährigen in einer Besserungsanstalt.

§ 1901 BGB.

Kammergericht Berlin, 3. Mai 1912. — Bd. 12 S. 90.

Der 1861 geborene Arbeiter Peter K. ist durch Beschluß des Amtsgerichts wegen Trunksucht entmündigt worden, weil er seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetze und die Sicherheit Anderer gefährde. K. ist ein gewalttätiger, wegen Roheitsvergehen vielfach vorbestrafter Mensch. Auf den Antrag seines Vormundes, der berichtete, daß K. dem Müßiggang ergeben sei und

bei jeder Gelegenheit zum Messer greife, hat das Amtsgericht weiter die Unterbringung des K. in einer Besserungsanstalt angeordnet. Auf die von dem Mündel hiergegen eingelegte Beschwerde hat das Landgericht diesen Beschluß aufgehoben. Der weiteren Beschwerde des Vormundes hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. d. freiw. Ger.), jedoch nicht begründet, da der angefochtene Beschluß nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27). Nach § 1901 BGB. hat der Vormund für die Person eines volljährigen Mündels nur insoweit zu sorgen, als der Zweck der Vormundschaft es erfordert. Der Zweck der über einen Trunksüchtigen angeordneten Vormundschaft richtet sich, soweit es sich um die Person des Entmündigten handelt, in erster Linie auf die Heilung von der Trunksucht. Daß der Vormund zur Herbeiführung der Heilung den Mündel auch gegen seinen Willen in einer Trinkerheilanstalt unterbringen darf, ist unter Bezugnahme auf die Motive (4, 1238) und auf die mit dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Reichstage vorgelegte Denkschrift des näheren in dem Beschlusse des Kammergerichts vom 7. Januar 1910 (KGJ. 39 A, 8) ausgeführt. Hieran ist festzuhalten. Ob es auch zulässig sein würde, den Mündel nicht sowohl zwecks Heilung als vielmehr aus Sicherungsgründen in einer geschlossenen Anstalt für Trinker unterzubringen, kann hier dahingestellt bleiben. Dagegen erweist sich die Unterbringung in einer Besserungsanstalt unter allen Umständen als unzulässig. In den Motiven wird mit Recht hervorgehoben, daß dem Vormund eines Volljährigen eine allgemeine Erziehungsgewalt nicht zustehe. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich daraus, daß der Zweck der über einen Volljährigen angeordneten Vormundschaft nicht die Erziehung des Mündels erfordert. Es sind daher auf die Vormundschaft über einen Volljährigen die für die Vormundschaft über einen Minderjährigen geltenden Vorschriften insoweit nicht anwendbar, als sie ihren Grund darin haben, daß der Mündel wegen seines jugendlichen Alters erziehungsbedürftig ist. Ist es schon hiernach nicht angängig, einen volljährigen Mündel zum Zwecke der Erziehung und Besserung, d. h. zur Hebung seiner sittlichen Eigenschaften, einer Anstalt zu überweisen, so kommt ausschlaggebend noch folgendes in Betracht: Als Anstalten, in denen eine Besserung in sittlicher Hinsicht herbeigeführt werden soll, kommen nur die ausschließlich für Minderjährige bestimmten Fürsorgeerziehungsanstalten und die sogenannten Arbeitshäuser in Frage. Die Besserungsanstatten der letzteren Art, die zwar häufig mit Landarmenanstalten verbunden sind, rechtlich aber von diesen unterschieden werden müssen, dienen zur Aufnahme der gemäß § 181 a und § 361 Nr. 3 bis 8 StGB. verurteilten Personen (Zuhälter, Landstreicher, Bettler, Arbeitsscheue, Dirnen und Obdachlose), sofern in dem Urteil ihre Ueberweisung an die Landespolizeibehörde ausgesprochen ist. Durch die Ueberweisung erhält die Landespolizeibehörde die Befugnis, die verurteilten Personen bis zu zwei Jahren in einem Arbeitshaus unterzubringen (§ 362); sie ist aber hierzu nicht verpflichtet und kann daher von der Unterbringung insbesondere bei voraussichtlicher Erfolglosigkeit Abstand nehmen. Die Arbeitshäuser sind danach nur für solche Personen bestimmt, die von dem Strafrichter der Landespolizeibehörde überwiesen sind. Dem Vormundschaftsrichter steht die Befugnis der Ueberweisung nicht zu. Er kann

daher weder zur Unterstützung des Vormundes gemäß den §§ 1897, 1800 und dem § 1631 Abs. 2 Satz 2 BGB. noch auf Grund des § 1838 BGB., sofern man etwa diese Vorschrift auf die Vormundschaft über Volljährige für entsprechend anwendbar halten will, die Unterbringung in einer Besserungsanstalt anordnen.

Mangelnde Befugnis der Landespolizeibehörde, einen im Standesregister eingetragenen bürgerlichen Namen, abweichend von dem Inhalte des Registers, mit der Wirkung festzustellen, daß das Gericht in dem Berichtigungsverfahren an die Feststellung gebunden ist.

§§ 15, 22, 54, 59, 65, 66 PStG.

Kammergericht Berlin, 8. März 1912. — Bd. 12 S. 91.

Am 20. März 1909 hat das Königliche Heroldsamt ausgesprochen, daß der Landmesser Josef von M. in A. dem Adelsstande nicht angehöre und demnach zur Führung des Adelsprädikats „von" nicht berechtigt sei.

Der Regierungspräsident in A. als Aufsichtsbehörde des Standesamts in A. hat das Amtsgericht um Berichtigung der Geburts- und Heiratsurkunden des genannten Josef von M. und der Geburtsurkunden seiner sämtlichen Kinder sowie der Sterbeurkunden seines Vaters und seiner Ehefrau dahin ersucht, daß in diesen Urkunden das Wort „von M." durch das Wort „M." ersetzt werde.

Das Amtsgericht hat die begehrte Berichtigung angeordnet, weil der Beschluß des Heroldamts bei der Berichtigung der Standesamtsregister für das Gericht bindend sei. Auf die Beschwerde des Josef v. M. und seiner Kinder hat das Landgericht die amtsgerichtliche Entscheidung aufgehoben und den Berichtigungsantrag des Regierungspräsidenten zurückgewiesen, indem es annahm, daß die Beschwerdeführer zur Führung des Namens „von M." als eines bürgerlichen Namens berechtigt seien.

Gegen diesen Beschluß hat der Regierungspräsident rechtzeitig sofortige weitere Beschwerde eingelegt. Ehe das Kammergericht zu einer Entscheidung über diese weitere Beschwerde gelangt, hat er am 1. April 1910 an den Landmesser Josef von M. und dessen Kinder eine polizeiliche Verfügung erlassen, in der festgestellt wird, daß der vereidete Landmesser Josef M. und seine sämtlichen Kinder zur Führung des Namens „von M." als eines bürgerlichen Familiennamens nicht berechtigt sind, und in der ihnen die Führung des Namens „von M." untersagt wird. Eine Beschwerde des Landmessers von M. und seiner Kinder gegen diese Verfügung ist durch Entscheidung des Oberpräsidenten zurückgewiesen. Gegen diesen Bescheid haben von M. und seine Kinder Klage auf Aufhebung des Bescheides beim Oberverwaltungsgericht erhoben.

Auf die weitere Beschwerde des Regierungspräsidenten gegen den landgerichtlichen Beschluß hat das Kammergericht durch Beschluß vom 6. Mai 1910 die Entscheidungen des Landgerichts und des Amtsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen, weil die tatsächlichen Feststellungen nicht miteinander in Einklang ständen. In dem weiteren Verfahren haben sowohl das Amtsgericht wie das Landgericht ihre früheren Entscheidungen aufrecht erhalten.

Gegen den landgerichtlichen Beschluß hat der Regierungspräsident erneut weitere Beschwerde eingelegt. Das Kammergericht hat der weiteren Beschwerde den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Der Beschwerdeführer hat in erster Linie beantragt, das Verfahren bis zur Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts in der Verwaltungsstreitsache von M. gegen den Oberpräsidenten der Rheinprovinz auszusetzen. Dem Antrage war schon um deswillen nicht stattzugeben, weil die Entscheidung des Oberverwaltunsgerichts nur von zwei der beim gegenwärtigen Verfahren beteiligten Mitglieder der Familie M. angerufen ist und die übrigen am Verfahren beteiligten Mitglieder der Familie von ihr nicht berührt werden.

Bereits der früher in dieser Sache ergangene Beschluß des Kammergerichts besagt, daß es in Preußen eine Behörde, die in einer für den Berichtigungsrichter bindenden Weise den bürgerlichen Namen der in ihrem Bezirk ansässigen Personen festzustellen hätte, nicht gibt. Es gibt eine Behörde, die in dieser Weise einen Namen feststellen dürfte, überhaupt in Preußen nicht. Auch das Heroldsamt hat nicht die Befugnis, in einer für den Berichtigungsrichter bindenden Weise festzustellen, daß eine sich von M. nennende Person den Namen von M. zu führen nicht befugt sei, sondern es hat nur festzustellen, ob eine den Namen von M. führende Person das Wort „von" im Namen als Zeichen ihrer Zugehörigkeit zum preußischen Adel führen darf. Wenn nach einem solchen Ausspruche des Heroldsamts das Wort „von M." in einer Standesamtsurkunde in das Wort „M." berichtigt werden soll, so muß zu der Feststellung des Heroldsamts hinsichtlich der Nichtzugehörigkeit der Person zum preußischen Adel noch die richterliche, von dem Ausspruche des Heroldsamt unabhängige Entscheidung hinzukommen, daß der betreffenden Person der Name „von M." nicht zukommt, daß ihr vielmehr der Name „M." zukommt. Ohne eine solche richterliche Entscheidung kann auf Grund des Spruches des Heroldsamts allein niemals der Berichtigungsrichter die Beisetzung eines Randvermerks auf die standesamtliche Urkunde dahin anordnen, daß der in dieser Urkunde genannte Name „von M." nicht so, wie angegeben, sondern „M." heiße, sondern nur einen das Wort „von" in der Urkunde erläuternden Randvermerk dahin beifügen lassen: „das Wort „von" in dieser Urkunde bedeutet nicht die Zugehörigkeit zum preußischen Adel" oder „der Nebengenannte gehört dem preußischen Adel nicht an".

Das Landgericht hat in seinem letzten jetzt angegriffenen Beschlusse die Bedeutung der polizeilichen Verfügung des Regierungspräsidenten für das gegenwärtige Verfahren nicht gewürdigt; aus dieser Unterlassung kann gegen dasselbe aber ein Rechtsangriff nicht hergeleitet werden. Das Kammergericht hatte in seinem früheren Beschlusse schon dem Regierungspräsidenten die Befugnis abgesprochen, in einer für den Berichtigungsrichter bindenden Weise den bürgerlichen Namen der Bezirkseingesessenen durch polizeiliche Verfügung festzusetzen. Das Landgericht, an das die Sache zurückverwiesen war, hatte seiner Entscheidung diese rechtliche Beurteilung des Gerichts der weiteren Beschwerde zugrunde zu legen. Es bedurfte daher eines Eingehens auf den aus dem Erlasse der polizeilichen Verfügung hergeleiteten Einwand des Regierungspräsidenten seitens des Landgerichts nicht mehr.

Hier kann dahingestellt bleiben, ob dem Regierungspräsidenten als Landespolizeibehörde die Befugnis zusteht, im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung mit einer polizeilichen Verfügung gegen einen Bezirkseingesessenen vorzugehen, der selbst einen anderen Namen führt als denjenigen, den er nach dem Inhalte des Standesregisters als den ihm zukommenden, von seinem Vater übernommenen Namen zu führen hat, und einem solchen Bezirkseingesessenen durch diese polizeiliche Verfügung aufzugeben, fortan denjenigen Namen zu führen, der ihm nach dem Inhalte des Standesregisters zukommt. Jedenfalls fehlt dem Regierungspräsidenten die Befugnis, mittels solcher Verfügung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung einem Bezirkseingesessenen aufzugeben, sich des Gebrauchs desjenigen Namens zu enthalten, der ihm nach dem Inhalte des Personenstandesregisters zukommt, und sich eines Namens zu bedienen, der ihm nach dem Standesregister nicht zusteht. Die Möglichkeit des Bestehens einer solchen Befugnis schließt das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes vom 6. Februar 1875 aus. Nach § 15 beweisen die ordnungsmäßiig (§§ 12—14) geführten Standesregister diejenigen Tatsachen, zu deren Beurkundung sie bestimmt und welche in ihnen eingetragen sind, bis der Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der Anzeigen und Feststellungen, auf Grund deren die Eintragung stattgehabt hat, erbracht ist. Die Geburtsurkunden, um deren Berichtigung es sich hier handelt, beweisen also bis zu dem im § 15 festgelegten Zeitpunkte nach § 15 und § 22 Nr. 6 PStG., daß die Eltern den in ihnen eingetragenen Vor- und Familiennamen gehabt haben, und demzufolge in Verbindung mit § 1616 BGB., daß das Kind den Familiennamen dieses Vaters zu führen hat. Die Heiratsurkunden, die berichtigt werden sollen, beweisen bis zu dem im § 15 festgelegten Zeitpunkte nach den §§ 15, 54 PStG., daß die Eheschließenden den bei diesen Urkunden aufgeführten Vor- und Familiennamen führen. Die Sterbeurkunden, deren Berichtigung beantragt ist, beweisen bis zu dem im § 15 festgelegten Zeitpunkte nach § 15 und § 59 Nr. 5 PStG,, daß der Verstorbene den in ihm enthaltenen Vor- und Familiennamen gehabt hat. Diese Tatsachen beweisen die Standesurkunden nicht nur gegenüber den an ihrem Inhalt interessierten Privatpersonen, sondern auch gegenüber dem Standesbeamten und dessen Aufsichtsbehörde, dem Regierungspräsidenten, und zwar letzterem auch als Landespolizeibehörde gegenüber, so lange, bis der Nachweis der Fälschung, der unrichtigen Eintragung oder der Unrichtigkeit der die Eintragung stützenden Anzeigen und Feststellungen erbracht ist. Denn die Beweiskraft, die das Reichsgesetz diesen Urkunden beimißt, ist reichsgesetzlich auch Landesbehörden gegenüber nicht eingeschränkt, und könnte durch landesgesetzliche Bestimmungen nicht eingeschränkt werden, Art. 2 Satz 1 der Reichsverfassung. War also der Nachweis der Fälschung oder Unrichtigkeit der Eintragung und der ihr zugrunde liegenden Feststellungen am 1. April 1910 noch nicht geführt, so wiesen die Urkunden und ihr Inhalt damals auch dem Regierungspräsidenten als Landespolizeibehörde nach, daß die Personen, über deren Geburt, Heirat oder Tod sie sich verbreiteten, den in ihnen aufgeführten Familiennamen von M. zu führen hatten, weil er ihnen bei ihrer Geburt von ihrem Vater (§ 1616 BGB.) oder durch Heirat von ihrem Ehemann (§ 1355 BGB.) überkommen war, da das zur Zeit der Aufnahme der Urkunde am Aufnahme-

orte geltende französische Recht hinsichtlich des Uebertommens der Namen dem Bürgerlichen Gesetzbuche gleiche Bestimmungen hatte. Bis zum 1. April 1910 war nun dem Gerichte der Nachweis der Fälschung oder Unrichtigkeit der Eintragungen nicht geführt; das beweist der frühere landgerichtliche Beschluß. Allerdings meint der Regierungspräsident, der durch seine Verfügung vom 1. April 1910 den am Verfahren beteiligten Bezirkseingesessenen aufgegeben hat, sich der Führung desjenigen Namens zu enthalten, der ihnen nach dem Standesregister zustand, und sich eines Namens zu bedienen, der ihnen nach dem Standesregister nicht zustand, er könne die polizeiliche Verfügung als Landespolizeibehörde erlassen, wenn ihm als Landespolizeibehörde der Nachweis des § 15 geführt zu sein scheine. Dieser Nachweis ist aber nach dem Reichsgesetze nicht einer Verwaltungsbehörde, insbesondere nicht dem Regierungspräsidenten als Landespolizeibehörde, sondern von dem Regierungspräsidenten als Aufsichtsbehörde der Standesämter, wenn er eine Richtigstellung standesamtlicher Eintragungen für erforderlich erachtet, dem Gerichte zu führen; erst nach Führung dieses Nachweises ordnet das Gericht die Berichtigung der standesamtlichen Register und Urkunden an und erst mit der gerichtsseitig angeordneten Berichtigung der Standesregister beweisen die berichtigten Standesregister allgemein, also auch der Aufsichtsbehörde der Standesämter und der Landespolizeibehörde gegenüber, mit der Beweiskraft des § 15 PStG. die Richtigkeit der in den ursprünglichen Eintragungen berichtigten Tatsachen. Das ergeben die §§ 65, 66 PStG. Nach § 65 kann die Berichtigung nur auf Grund gerichtlicher Anordnung erfolgen; bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Gericht die Berichtigung anordnet, beweisen also die Registereintragungen die Richtigkeit der noch nicht berichtigten Eintragung für jedermann und damit auch für die Landespolizeibehörde. Der § 66 sagt sodann noch ausdrücklich, daß die Beweiskraft der standesregisterlichen Urkunden bestehen bleibt, auch wenn dem Regierungspräsidenten der Beweis ihrer Unrichtigkeit geführt zu sein scheint. Denn nach § 66 PStG. hat der Regierungspräsident als Aufsichtsbehörde der Standesämter, wenn ihm selbst eine Berichtigung standesamtlicher Urkunden von Amts wegen nötig zu sein scheint, die Verhandlungen dem Gerichte vorzulegen, und das Gericht hat sodann über die Vornahme der Berichtigung zu entscheiden. Hält der Regierungspräsident aber eine Vornahme einer Berichtigung von Amts wegen für nötig, so spricht er damit aus, daß ihm der Nachweis der Unrichtigkeit der vorhandenen Eintragung geführt zu sein scheint. Obwohl der Regierungspräsident die Unrichtigkeit der Eintragung als nachgewiesen ansieht, ermächtigt das Reichsgesetz (§ 66) den Richter noch zu weiteren Ermittelungen, und auf Grund ihres Ergebnisses steht dem Richter die Entscheidung hinsichtlich der Berichtigung frei. Damit spricht aber das Gesetz aus, daß, da der Regierungspräsident als Aufsichtsbehörde die Berichtigung nur dann von Amts wegen für erforderlich halten kann, wenn er selbst den Nachweis der Unrichtigkeit für geführt erachtet, diese Ansicht des Regierungspräsidenten niemals die Beweiskraft der noch unberichtigten Urkunden beseitigen kann, so daß diese auch bei der Ueberzeugung des Regierungspräsidenten von der Unrichtigkeit der Urkunden noch voll bestehen bleibt, und daß diese Beweiskraft auch dem Regierungspräsidenten gegenüber erst schwindet, wenn das zur Veranstaltung von Aufklärungen berechtigte Ge-

richt entweder unter Verzicht auf solche Aufklärung in Uebereinstimmung mit dem Regierungspräsidenten den Nachweis solcher Unrichtigkeit für geführt erachtet oder nach einem Erfordern weiterer Aufklärung auf Grund ihres Ergebnisses sich der bisher nicht geteilten Meinung des Regierungspräsidenten als der Aufsichtsbehörde der Standesämter dahin anschließt, daß der Nachweis der Unrichtigkeit nunmehr geführt sei. Erst mit der Berichtigung der Register und Urkunden auf Anordnung des Gerichts verliert die seitherige Eintragung allgemein, und damit auch für die Landespolizeibehörde, die bisherige auf § 15 PStG. gegründete Beweiskraft und erlangt die berichtigte Eintragung erst die ihr bisher nach § 15 fehlende Beweiskraft. Dem Regierungspräsidenten als Landespolizeibehörde ist hiernach durch Reichsgesetz die von ihm hier in Anspruch genommene Befugnis, durch polizeiliche Verfügung festzustellen, daß eine Person einen anderen Namen als denjenigen, der ihr nach dem Standesamtsregister in Verbindung mit dem Bürgerlichen Gesetzbuche zukommt, zu führen hat, versagt und demzufolge die vom Regierungspräsidenten als Landespolizeibehörde erlassene polizeiliche Verfügung für das Gericht im Berichtigungsverfahren ohne maßgebende Bedeutung.

Randvermerk im Standesregister, daß der Ehemann ein voreheliches Kind seiner Ehefrau als das seinige anerkannt habe; Antrag des Ehemanns, den Randvermerk dahin zu berichtigen, daß er dem Kinde seinen Familiennamen erteilt habe.

§ 1720 BGB.; §§ 15, 25 PStG.

Kammergericht Berlin, 13. April 1912. — Bd. 12 S. 96.

Das Amtsgericht hat unter Billigung des Landgerichts den Antrag des J., den Randvermerk im Standesregister, daß er das voreheliche Kind seiner Ehefrau als das seinige anerkannt habe, zu berichtigen, abgelehnt. Auf die weitere Beschwerde des J. hat das Kammergericht die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Landgericht geht davon aus, daß das Kind nicht von J. erzeugt ist und J. auch nicht der Meinung gewesen ist, daß er durch seine Erklärung sich als Erzeuger des Kindes bekenne. Das Landgericht stellte vielmehr fest, daß J. der Meinung gewesen sei, durch die protokollierte Erklärung erteile er dem vorehelichen Kinde der Ehefrau seinen Familiennamen (§ 1706 Abs. 2 BGB.). Ueber den rechtlichen Unterschied dieser beiden Erklärungen ist das Landgericht nicht im Unklaren. Wohl aber wird nach den vom Senate gemachten Erfahrungen das Vaterschaftsanerkenntnis des § 1720 Abs. 2 und die Namenerteilung des § 1706 Abs. 2 BGB. durch die Standesbeamten zuweilen verwechselt. Die Verwechselung mag dadurch befördert werden, daß in den den Ausführungsvorschriften der Bundesrats vom 25. März 1899 beigegebenen Mustern nur das Vaterschaftsanerkenntnis des § 1720 Abs. 2 und der dieses betreffende Registervermerk dargestellt ist. Darüber, ob und in welcher Form die Namenerteilung des § 1706 Abs. 2 in das Standesregister einzutragen ist, fehlt es dagegen an besonderen reichsgesetzlichen oder reichsverwaltungsrechtlichen Bestimmungen. Der Standesbeamte wird daher,

wenn ihm die landesrechtliche Vorschrift des Art. 68 § 2 Pr.AG. z. BGB. nicht gegenwärtig ist, leicht im Zweifel darüber bleiben, wie er die Namenerteilung formal behandeln soll. Dazu kommt, daß die für das Vaterschaftsanerkenntnis gewählte amtliche Musterfassung, er erkenne das Kind „als das seinige" an, immerhin die eigene Erzeugung des Kindes nicht scharf ausprägt und von den Beteiligten sowohl als auch von einem weniger gewandten und weniger erfahrenen Standesbeamten dahin verstanden werden kann, der Erklärende wolle das Kind wie ein eigenes halten, insbesondere ihm den Namen eines eigenen Kindes geben.

Daß ein inhaltlich unrichtiges Vaterschaftsanerkenntnis im Standesregister nicht berichtigt werden dürfe, weil es nicht eine Tatsache feststelle, sondern nur eine (im Prozeß widerlegbare) Vermutung begründe, hat das Reichsgericht (RG. 68, 60, zu vgl. 9, 143) ausgesprochen. Das Kammergericht darf von diesem Rechtsgrundsatze nicht abweichen (§ 28 FGG.). Es hat sich auch bisher trotz der erheblichen gegen die Ansicht des Reichsgerichts sprechenden Bedenken nicht veranlaßt gesehen, eine diese Frage betreffende weitere Beschwerde gemäß § 28 dem Reichsgerichte vorzulegen. Es hat aber noch kürzlich in einem Beschlusse vom 3. April 1912 entschieden, daß die Auffassung des Reichsgerichts dann einer Registerberichtigung nicht im Wege steht, wenn das vermeintliche Anerkenntnis überhaupt nicht abgegeben, also die im Randvermerke bezeugte Tatsache, der Ehemann habe erklärt, daß er das Kind als das seine anerkenne, unrichtig ist. Diese unrichtige Tatsache macht das Register unrichtig; ihre Beseitigung wird daher nicht dadurch gehindert, daß die als abgegeben bezeichnete Erklärung, wenn sie abgegeben wäre, statt Beweises nur eine widerlegbare Vermutung begründen würde. Mit Rücksicht auf diese Möglichkeit, zwar nicht das Anerkenntnis als inhaltlich unrichtig zu berichtigen, aber es als überhaupt nicht erklärt ganz zu beseitigen, bedarf der Sachverhalt der sorgsamsten Untersuchung und Feststellung. Die Feststellung des Landgerichts ist aber widerspruchsvoll und mehrdeutig und insofern rechtsirrtümlich. J. gibt an, der Standesbeamte habe ihm das Protokoll vorgelesen und ihn gefragt, ob alles so richtig sei; darauf habe er „ja" gesagt. Welche Erklärung H. vor der Niederschrift der Protokollworte dem Standesbeamten gegenüber tatsächlich abgegeben und wie der Standesbeamte diese Worte verstanden habe, ist nicht festgestellt. Das Protokoll braucht die oben erörterte, nicht unbedingt gegen Mißverständnisse geschützte Fassung des Urkundenmusters „als das seinige anerkenne". Das Landgericht stellt weiter fest, J. habe diese Worte so aufgefaßt, daß er mit ihnen dem Kinde seinen Namen erteile. Bei diesen Feststellungen ist nun keineswegs die Folgerung geboten, J. habe, wennschon im Irrtum über den Inhalt der Erklärung, ein Vaterschaftsanerkenntnis wirklich abgegeben. Es liegt vielmehr der Schluß viel näher, es sei zwar ein Vaterschaftsanerkenntnis beurkundet, ein solches aber in Wahrheit nicht abgegeben. Es wäre dann etwas Richtiges erklärt, aber etwas Unrichtiges beurkundet. Eine dem Urkundeninhalt entsprechende Erklärung wäre nicht abgegeben. Von einem Irrtume des Erklärenden könnte dann nicht die Rede sein, sondern nur von einer unrichtigen Niederschrift des Standesbeamten und einer unrichtigen Auffassung der Niederschrift durch den Erklärenden bei der Genehmigung und Unterzeichnung.

Nimmt man dies aber an, so ist die Berichtigung des Registers dahin geboten, J. habe eine Anerkennungserklärung des vermerkten Inhalts nicht abgegeben. Zu demselben Ergebnisse gelangt man, wenn angenommen wird, der Standesbeamte habe sich nur im Ausdrucke vergriffen, sowohl er als J. hätten aber unter den Worten „als das seine anerkennen" die Namenerteilung aus § 1706 Abs. 2 BGB. verstanden. Es liegt dann wieder kein Willensfehler, sondern nur unrichtige Bezeichnung (falsa demonstratio) vor, die für den Erfolg des Geschäfts unschädlich bleibt (JW. 1910, 395, KGJ. 37 A, 262, RH. 66, 427). In diesem Falle wäre, wennschon in auslegungsbedürftiger Wortfassung, die Namenerteilung nach § 1706 BGB. bereits wirklich erklärt. Liegt aber selbst der vom Landgericht unterstellte Erklärungsirrtum im Sinne des § 119 BGB. vor, also ein Willensfehler, nicht ein bloßer Fehler der Niederschrift, so würde es immer noch der Erörterung bedürfen, ob nicht die irrige Erklärung des J. nach Entdeckung des Irrtums „unverzüglich" (d. h. ohne verschuldetes Zögern, nicht gerade ohne jeden Zeitverlust, s. Weyl, Verschuldungsbegriffe S. 185 ff.) angefochten worden und damit beseitigt ist. Auch in diesem Falle müßte berichtigt werden, weil dann das abgegebene Anerkenntnis als solches rechtlich gar nicht mehr besteht (§ 142 BGB.).

Sollte es ungeachtet der vorstehend erörterten Möglichkeiten nicht gelingen, den unzweifelhaft unrichtigen Randvermerk zu beseitigen, so bleibt die Frage offen, ob ihm nicht wenigstens die irreführende Tragweite dadurch entzogen werden kann, daß noch ein zweiter Randvermerk der Geburtsurkunde hinzugefügt wird. Steht fest, daß es sich um ein nicht von J. erzeugtes voreheliches Kind seiner Ehefrau handelt, so könnte J. — falls er es nicht bereits getan hat — noch jetzt erklären, daß er dem Kinde seinen Familiennamen erteile. Diese neue Erklärung wäre dann nach Art. 68 § 2 PrAG. z. BGB. am Rande der Geburtseintragung zu vermerken. Dieser Vermerk würde nicht dadurch ausgeschlossen, daß bereits ein anderer — anscheinend widersprechender — Vermerk über ein Vaterschaftsanerkenntnis am Rande beigeschrieben ist, der nur im Hinblick auf die Auffassung des Reichsgerichts von seiner geringeren rechtlichen Tragweite im Register stehen bleiben muß. Die irreführende Wirkung, die von diesem alsdann fortdauernden ersten Vermerk ausgehen muß, würde durch den, den wahren Sachverhalt klarstellenden zweiten Vermerk, der auf preußischem Landesgesetze beruht, einigermaßen abgeschwächt und so der praktische Nachteil, der sich aus dem Standpunkte des Reichsgerichts ergeben muß, bis zu einem gewissen Grade ausgeglichen. Daß Geburtsurkunden mit derartigen Doppelvermerken schon jetzt praktisch vorkommen, ist dem Senat aus Anlaß einer anderen weiteren Beschwerde bekannt geworden.

Sofern die Berichtigung in der zuletzt angedeuteten Weise beabsichtigt wird, kann sie nicht innerhalb des gegenwärtigen Verfahrens geschehen, da dessen Gegenstand und Tragweite durch den Inhalt der vor der Standesamts-Aufsichtsbehörde gepflogenen Ermittelungen festgelegt ist. Es würde überdies alsdann erforderlich sein, daß die Namenerteilung zunächst in unzweideutiger Wortfassung nochmals vor dem Standesbeamten erklärt, um jeden Zweifel über die Rechtslage zu beseitigen.

Unzulässigkeit der Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, wenn neben einem Erben ein vor dem Erbfall erzeugtes, aber noch nicht geborenes Kind als Miterbe in Frage kommt. Zulässigkeit der Erteilung eines Teilerbscheins für den Erben ohne Angabe der Größe seines Erbteils; Inhalt eines solchen Teilerbscheins.

§§ 1922, 1923, 2353, 2357 BGB.

Kammergericht Berlin, 4. März 1912. — Bd. 12 S. 99.

Im Juli 1911 starb ohne Hinterlassung einer letzwilligen Verfügung der Kaufmann E. Seine Witwe erklärte in der notariellen Verhandlung vom 5. September 1911, aus ihrer Ehe mit dem Verstorbenen sei bisher nur ein Sohn Wendt E. hervorgegangen, die Geburt eines zweiten Kindes sei zu erwarten. Sie beantragte im eigenen Namen sowie als gesetzliche Vertreterin „meines Sohnes oder meiner Kinder" die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins. Das Nachlaßgericht lehnte die Erteilung des Erbscheins ab, da wegen der zu erwartenden Geburt eines weiteren Erben die Erbteile ungewiß seien. Hiergegen legte die Witwe E. Beschwerde ein. Auf die Aufforderung des Beschwerdegerichts, einen bestimmten Antrag zu stellen, erklärte sie, sie halte sich nicht für verpflichtet, anzugeben, welchen Inhalt der beantragte Erbschein haben solle, beantragte jedoch, um Weiterungen zu vermeiden, in erster Reihe, in dem Erbscheine zu bezeugen, daß sie, die Witwe, Erbin zu ein Viertel und Wendt E. zu drei Viertel sei, mit dem Zusatze, daß die Geburt eines weiteren vom Erblasser erzeugten Kindes zu erwarten sei, durch die der Erbteil des Wendt E. verändert würde, eventuell einen Erbschein des Inhalts zu erteilen, daß sie, die Witwe, Erbin zu ein Viertel sei und daß außerdem Erbe sei Wendt E., mit dem Zusatze: „die Geburt eines weiteren vom Erblasser erzeugten Kindes sei zu erwarten".

Das Beschwerdegericht wies die Beschwerde zurück. Die Witwe E. hat gegen diesen Beschluß weitere Beschwerde eingelegt und demnächst mit der Anzeige, daß das erwartete Kind inzwischen geboren sei, das Rechtsmittel auf die Kostenentscheidung beschränkt. Das Kammergericht hat die Vorentscheidungen hinsichtlich des Kostenpunktes aufgehoben.

In den Gründen ist ausgeführt:

Die Auffassung des Landgerichts, daß, wer die Erteilung eines Erbscheins beantragt, in bestimmter Weise anzugeben hat, welchen Inhalt der Erbschein haben soll, entspricht der ständigen Praxis des Kammergerichts (vgl. OLGRspr. 7, 144; 8, 297; 9, 437; KGJ. 26 A, 62; 29 A, 42; 34 A, 116; 36 A, 109; RJA. 6, 113) und der auch sonst in Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein vertretenen Rechtsmeinung. Sie erweist sich auch bei erneuter Prüfung als zutreffend.

... Der ursprünglich gestellte Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins (§ 2357 BGB.) ist von den Vorinstanzen mit Recht zurückgewiesen worden. Der gemeinschaftliche Erbschein umfaßt seinem Wesen nach notwendig den ganzen Nachlaß. Das zur Zeit des Erbfalls (§ 1922 BGB.) erzeugte, aber noch nicht geborene Kind kann deshalb nicht unberücksichtigt bleiben, weil es kraft der im § 1923 Abs. 2 BGB. angeordneten Rückbeziehung mit seiner Geburt als Erbe seit dem Tode des Erblassers gilt (vgl.

KGJ. 22 A, 62). Andererseits kommt in Betracht, daß der Erbschein nur dem Erben, also nur einem lebenden Menschen, nicht schon dem nasciturus erteilt werden kann, so daß der von der Witwe auf Grund ihrer durch § 1912 Abs. 2 und § 1684 BGB. gegebenen Vertretungsmacht namens des nasciturus gestellte Antrag auf Erteilung des Erbscheins hinfällig ist. Ist hiernach der Antrag im Sinne des § 2357 in Verbindung mit § 1923 Abs. 2 BGB. nicht von allen Erben gestellt, so bedürfte es für die Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins des Nachweises, daß der nasciturus die Erbschaft angenommen hat (§ 2357 Abs. 3 BGB., vgl. KGJ. 27 A, 189; 32 A, 108). Dieser Nachweis kann nicht erbracht werden. Die Erbschaft kann erst angenommen werden, wenn sie „angefallen" ist (§ 1942 BGB.), dem nasciturus fällt die Erbschaft aber nicht bereits mit dem Erbfall an (§ 1922 BGB.), sondern erst mit der Vollendung der Geburt (§ 1 BGB.) und der Anfall wird auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen (§ 1923 Abs. 2 BGB., Motive 5, 488; 1, 29; RJA. 8, 183). Daraus folgt, daß der nasciturus auch durch seinen Vertreter (§ 1912 BGB.) die Erbschaft nicht annehmen kann. Die Fürsorge für das künftige Erbrecht des nasciturus ist vielmehr nur im Wege der Nachlaßpflegschaft (§ 1960 BGB.) auszuüben (vgl. Motive 4, 1263). Hiermit entfällt aus Rechtsgründen die Möglichkeit der von Planck und Predari befürworteten Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins.

Die in der Beschwerdeinstanz gestellten Anträge zielen nicht auf die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, sondern auf die Erteilung von Teilerbscheinen für die Beschwerdeführerin und ihren Sohn Wendt C. in der Zusammenfassung zu einem einheitlichen Zeugnis (RJA. 2, 14) ab. Auch diese Anträge hat das Landgericht abgelehnt, weil mit Rücksicht auf das erwartete Kind ein Zeugnis über die Größe der Erbteile nicht ausgestellt werden könne (§ 2353 BGB.). Dieser Entscheidungsgrund trifft für den der Witwe zu erteilenden Teilerbschein nicht zu. Diese ist, sofern wie im vorliegenden Falle ein Kind aus der Ehe mit dem Erblasser bereits am Leben ist, zu einem Vierteile der Erbschaft als gesetzliche Erbin berufen. Durch die Geburt eines weiteren Kindes wird die Größe dieses Erbteils nicht berührt (§ 1931 BGB.). Dagegen ließen sich allerdings erhebliche Bedenken gegen die Erteilung des Teilerbscheins für Wendt C. geltend machen. Da mit der Geburt mehrerer Kinder gerechnet werden mußte, stand im Hinblick auf § 1924 Abs. 4 BGB., wonach Kinder zu gleichen Teilen erben, die Größe seines Erbteils noch nicht fest. Die Erteilung dieses Teilerbscheins ist also mit Recht abgelehnt worden, wenn, wie die Vorinstanzen annehmen, die Vorschrift des § 2353 BGB. ohne Einschränkung dahin auszulegen ist, daß ohne Angabe der Größe des Erbteils ein Teilerbschein nicht erteilt werden darf. Diese Auslegung wird von der herrschenden Ansicht für zutreffend erachtet und liegt auch der Entscheidung des Kammergerichts vom 24. Juni 1901 (RJA. 2, 160) zugrunde. Sie stützt sich neben dem Wortlaute des Gesetzes im wesentlichen auf die Ausführung der Motive 5, 559, es verstehe sich von selbst, daß, da der Umfang des Erbrechts im Erbschein anzugeben sei, das Nachlaßgericht nicht in der Lage sei, für einen Miterben, dessen Anteil durch die Geburt einer zur Zeit des Erbfalls bereits empfangenen erbberechtigten Person beeinflußt werde, einen Erbschein auszustellen, sowie auf eine Vergleichung mit § 2043 Abs. 1 BGB.,

wonach, soweit die Erbteile wegen der zu erwartenden Geburt eines Miterben noch unbestimmt sind, die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit ausgeschlossen ist. Gegen diese herrschende Ansicht hat sich jedoch auch Widerspruch in der Rechtslehre erhoben. Weißler (Deutsches Nachlaßverfahren 223) hält es für angezeigt, einen Erbschein zu erteilen, der beide Fälle, daß die Geburt eines Miterben erfolgt und daß sie nicht erfolge, berücksichtigt, Müller (Das Erbscheinverfahren 48) und Eßlinger (Der Erbschein 68) befürworten die Angabe der zurzeit zu ermittelnden Mindestquote, während Dernburg (Bürgerliches Recht [3] 5, 453 § 159 Anm. 10) und von Staudinger (Anm. V Abs. 3 zu § 2353) der Ansicht sind, daß in diesem Falle die Angabe der Erbteilsgröße fortzulassen sei. Bei nochmaliger Prüfung kann die in dem Beschlusse vom 24. Juni 1901 (RJA. 2, 160) vertretene Ansicht in der Tat nicht aufrecht erhalten werden. Nach § 2043 BGB. ist allerdings für die dort erörterten Fälle die Auseinandersetzung bis zur Hebung der Unbestimmtheit der Erbteile ausgeschlossen. Dagegen ist den Erben auch in diesen Fällen die gemeinschaftliche Verfügung über einen Nachlaßgegenstand gestattet (§ 2040 BGB.). Demnach muß angenommen werden, daß das Gesetz von der rechtlichen Möglichkeit einer solchen Verfügung ausgeht. Wird die Erteilung von Teilerbscheinen an die bereits geborenen Kinder nur deshalb nicht zugelassen, weil sich die Größe ihrer Erbteile zurzeit mit Sicherheit noch nicht ermitteln läßt, so wird jedoch für die weitaus meisten und wichtigsten Fälle des Rechtsverkehrs diese vom Gesetz ausdrücklich zugelassene Verfügung verhindert. Dabei darf nicht unbeachtet bleiben, daß bis zur Geburt des zu erwartenden Kindes immerhin mehrere Monate vergehen können und den Erben erheblicher Nachteil erwachsen kann, wenn sie, da die Norm des § 2038 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB. für den Grundbuchverkehr ohne Bedeutung ist, auch in Eilfällen nicht zu verfügen in der Lage sind. Nun ist allerdings auf den Ausweg der Nachlaßpflegschaft (§ 1960 BGB.) hingewiesen worden. Auf diesem Wege kann indessen ein Ausgleich jener nachteiligen wirtschaftlichen Folgen nicht gefunden werden. Zunächst bestehen gegen die Zulässigkeit einer Nachlaßpflegschaft, welche auch die Erbteile der bereits geborenen Kinder ergreift, rechtliche Bedenken. Das Kammergericht hat in den Beschlüssen vom 14. Dezember 1905 und 13. Dezember 1906 (RJA. 7, 29 ff.; 8, 100) ausgeführt, daß die Voraussetzungen des § 1920 BGB. für jeden Erbteil besonders zu prüfen sind und daß deshalb eine wegen Unbekanntheit der Erben angeordnete Nachlaßpflegschaft hinsichtlich der inzwischen bekannt gewordenen Erben auch dann gemäß § 1919 BGB. aufzuheben ist, wenn die Höhe ihrer Erbteile noch nicht feststeht. Mit dieser Rechtsauffassung würde die z. B. von Saupe (Erbscheinverfahren 77) empfohlene Anordnung einer Nachlaßpflegschaft für den Erbteil des nasciturus und für die Erbteile aller derjenigen schon vorhandenen Erben, deren Erbquote durch das Hinzutreten eines weiteren Erben beeinflußt werden könnte, nicht in Einklang zu bringen sein. Aber selbst wenn eine nochmalige Nachprüfung diese rechtlichen Bedenken auch als durchaus zwingend erweisen sollte, kommt in Betracht, daß die Anordnung der Nachlaßpflegschaft den Erben nicht die Möglichkeit der Verfügung über den Nachlaß gibt, sondern ihnen im Gegenteile diese Verfügung absolut entzieht und für sie jede Einwirkung auf den Nachlaß ausschließt. Der Nachlaßpfleger vertritt die „unbekannten Erben", nicht die

Prätendenten, deren Erbrecht zweifelhaft ist, er hat deshalb deren persönliche Wünsche nicht zu berücksichtigen. Er hat auch nur für Sicherstellung und Erhaltung des Nachlasses zu sorgen. Dagegen wird er zu Verfügungen über die Substanz des Nachlasses nur insoweit für befugt erachtet und die Genehmigung des Nachlaßgerichts zu erlangen imstande sein, als es sich um zur Erhaltung des Nachlasses notwendige Verfügungen handelt. Eine Ausnutzung günstiger Kauf- und Verkaufsgelegenheiten wird also den Erben, deren Legitimation noch Hindernisse entgegenstehen, durch die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft in der Regel nicht ermöglicht. Im Gegenteile wird ihnen jede Verfügungsmöglichkeit auch hinsichtlich derjenigen Nachlaßgegenstände, in Ansehung deren ihnen zu einer Verfügung kein Legitimationsnachweis abverlangt wird, genommen. Daß Personen, deren Miterbeneigenschaft feststeht, nur wegen Ungewißheit ihrer Erbquote mit so einschneidenden Folgen einem fremden Willen unterstellt werden, kann um so weniger dem Rechtsempfinden entsprechen, als dieser auch für die schwangere Witwe gelten würde, wenn Kinder aus der Ehe zur Zeit des Erbfalls noch nicht am Leben sind.

Diese Erwägungen führen zu der Ueberzeugung, daß nur eine freiere Auslegung des § 2353 BGB. zu einem befriedigenden und den Anforderungen des Rechtsverkehrs entsprechenden Ergebnisse führen kann. Der Wortlaut dieser Norm nötigt nicht zu der Annahme, daß die Größe der Erbteile unbedingt im Erbschein angegeben werden muß, und auch aus der erwähnten Aeußerung der Motive 5, 559 kann ein entscheidender Ueberzeugungsgrund nicht entnommen werden, denn sie enthält nur eine Schlußfolgerung aus der Aufstellung, daß die Größenangabe notwendiger Bestandteil des Erbscheins sei, läßt aber nicht erkennen, ob bei den Vorarbeiten zum Gesetze der in der Fassung des Rechtssatzes liegende Zweifel erkannt ist und ob die strenge Auslegung, aus der die Motive Schlüsse ziehen, gerade auch für den vorliegenden Fall den Absichten des Gesetzes entspricht. Daß die Vorschrift des § 2353 BGB. nicht überspannt werden darf, hat das Kammergericht auch bereits in einem früheren Falle anerkannt. In dem Beschlusse vom 25. Januar 1906 (JGG. 7, 100) hat es — allerdings unter Aufrechterhaltung der in dem Beschlusse vom 24. Juni 1901 (KGJ. 22 A, 61) vertretenen Rechtsmeinung für den vorliegenden Fall — ausgesprochen, daß einem Miterben nicht deshalb ein Teilerbschein versagt werden dürfe, weil nicht feststehe, ob ihm außer der festgestellten Quote nicht noch ein weiterer Erbteil zugefallen sei. Also auch hier ist die Erteilung des Erbscheins für zulässig erklärt worden, obwohl die Größe der Erbteile noch nicht unbedingt feststand. Hingewiesen mag auch auf den Beschluß des Senats vom 6. Juni 1907 (KGJ. 35 A, 119) werden, in dem ein Hinderungsgrund für die Erteilung einer Erbbescheinigung nach dem preußischen Gesetze vom 12. März 1869 nicht darin gefunden wurde, daß eine der zu Erben berufenen Personen geistesschwach war und nicht feststand, ob sie die Erbschaft jemals annehmen würde. Unter Weiterverfolgung der diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Rechtsgedanken ist deshalb anzunehmen, daß der Vorschrift des § 2353 BGB. schon dann genügt wird, wenn in einem Falle, in welchem ein Miterbrecht erzeugter, aber noch nicht geborener Personen in Frage kommt, die Größe der Erbteile in dem Erbscheine so bestimmt angegeben wird, als dieses nach Lage des Falles

möglich ist. Unter Zusammenfassung mit dem der Witwe zu erteilenden Teilerbscheine hätte danach ein Erbschein folgenden Inhalts erteilt werden können: „Die Witwe des Erblassers, Anna E., ist Miterbin zu ein Viertel. Ein weiterer Miterbe ist der Sohn Wendt E. Sein Erbteil ist noch unbestimmt, weil infolge einer Schwangerschaft der Witwe noch Personen geboren werden können, die neben ihm zu gleichen Teilen erbberechtigt sein würden."

Auf Grund dieser zusammengefaßten Erbscheine wäre die Witwe E. und ihr Sohn Wendt in der Lage gewesen, zusammen mit einem für den nasciturus gemäß § 1960 BGB. zu stellenden Nachlaßpfleger gemeinschaftlich über den Nachlaß zu verfügen, wenngleich Wendt E. mangels bestimmter Angabe seines Erbteils eine Verfügung über seinen Anteil am Nachlaß § 2033 Abs. 1 BGB. dadurch nicht ermöglicht wäre. Allerdings hätte mit Rücksicht auf die Unbestimmtheit der Zahl der erzeugten und noch nicht geborenen Kinder der Umfang der Nachlaßpflegschaft der festen Begrenzung entbehrt (Motive 5, 544). Das hätte ihrer Zulässigkeit aber nicht im Wege gestanden (RJA. 7, 31). Ein nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen erteilter Erbschein wird unrichtig, sobald die Schwangerschaft der Witwe beendet ist. Es ist daher in solchen Fällen Sache des Nachlaßrichters, kraft der ihm nach § 12 FGG. obliegenden Ermittelungspflicht in angemessenen Fristen zu prüfen, ob die Witwe niedergekommen ist, und, sobald dieses feststeht, gemäß § 2361 BGB. den Erbschein einzuziehen.

Da hiernach der Erbschein bis auf bedeutungslose Aenderungen der Fassung nach dem in der Beschwerdeinstanz gestellten Eventualantrage zu erteilen gewesen wäre, sind die Vorentscheidungen, da sie die Erteilung des Erbscheins kostenpflichtig abgelehnt haben, im Kostenpunkt aufzuheben.

Wirksamkeit der Erklärung, durch welche der Vater im Namen des unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kindes eine diesem angefallene Erbschaft ausschlägt, obwohl die zur Ausschlagung erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Zeit der Einreichung der Erklärung bei dem als Nachlaßgericht zuständigen Gerichte noch nicht erteilt war, sofern das Gericht zugleich als Vormundschaftsgericht zuständig ist und mit der Erklärung der Antrag auf Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung verbunden war.

§§ 1643, 1831 BGB.

Kammergericht Berlin, 1. April 1912. — Bd. 12 S. 105.

Im Januar 1911 verstarb in P. die Witwe Karoline G., ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Aus ihrer Ehe mit Adolf G. sind neun Kinder hervorgegangen, die sämtlich die Erbschaft rechtzeitig ausgeschlagen haben. Von den Abkömmlingen der Kinder haben die drei Geschwister M. eine Ausschlagserklärung nicht abgegeben; für die minderjährigen Bruno und Else G., Kinder einer anderen Tochter der Erblasserin, ist die Ausschlagung erklärt worden, doch steht die Rechtzeitigkeit dieser Erklärung in Frage. Die Erklärung ist von dem Vater der Kinder in einer und derselben notariellen Urkunde vom 16. Februar 1911 zusammen mit den Ausschlagungserklärungen der Mutter der Kinder und drei anderer zunächst berufener Erben abgegeben worden. Der Notar

reichte dieses Schriftstück, in welchem der Vater zugleich um die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung der namens seiner Kinder erklärten Ausschlagung bittet, mit einem an „das Königliche Amtsgericht" in P. adressierten Begleitschreiben, das mit den Worten: „In der G.schen Erbausschlagungssache" beginnt, dem Amtsgericht ein, bei dem es am 20. Februar 1911 einging. Die Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, das in diesem Falle als Vormundschafts- und als Nachlaßgericht örtlich zuständig war, nahm den Eingang zu den anderen Ausschlagungserklärungen. Der Amtsrichter ordnete an, daß eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vom 16. Februar 1911 besonders in Vortrag zu bringen sei, erließ aber gleichzeitig die Aufforderung an den Vater G., als Grundlage für die vormundschaftsgerichtliche Entschließung die behauptete Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft zu machen. Am 6. März 1911 wurde die Erbschaftsausschlagung seitens der Geschwister Bruno und Else G. vormundschaftsgerichtlich genehmigt, der Beschluß dem Vater der Kinder am 7. März zugestellt. Auf die beglaubigte Abschrift des Beschlusses, die aus der Vormundschaftssache zu der G.schen Erbausschlagungssache hinübergegeben wurde, setzte der Richter — derselbe, der als Vormundschaftsrichter tätig gewesen war — folgenden vom 9. März 1911 datierten und unterschriebenen Vermerk:

„Die Ausschlagungserklärung vom 16. Februar 1911 gilt, soweit sie die Ausschlagung seitens der minderjährigen Bruno und Else G. betrifft, erst mit der Uebernahme dieser beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses zu den Nachlaßakten als bei dem Nachlaßgericht eingegangen. Sie ist daher insoweit rechtswirksam."

Im November 1911 stellten die drei Geschwister M. bei dem Nachlaßgerichte den Antrag, ihnen als den alleinigen gesetzlichen Erben einen gemeinschaftlichen Erbschein nach ihrer Großmutter, der Witwe Karoline G., zu erteilen. Das Nachlaßgericht lehnte unter Billigung des Landgerichts den Antrag deswegen ab, weil die Erbausschlagung der Geschwister Bruno und Else G. verspätet, also rechtsunwirksam sei und die Geschwister M. daher nicht die alleinigen gesetzlichen Erben seien. Auf die weitere Beschwerde der Geschwister M. hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Nachlaßgericht zurückverwiesen.

Da die Geschwister Bruno und Else G. nicht an Stelle ihres Vaters, sondern an Stelle ihrer Mutter als Erben berufen waren, bedurfte die von dem Vater in ihrem Namen erklärte Erbschaftsausschlagung nach § 1643 Abs. 2 BGB. der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Ausschlagung erfolgte durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte (§ 1945); sie wurde bei Erklärung unter Abwesenden in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie dem Nachlaßgerichte zuging (§ 130 Abs. 1, 3 BGB.). Als einseitiges Rechtsgeschäft war die Erbausschlagung nach dem Grundsatze des § 1831 und des § 1643 Abs. 3 BGB. unwirksam, wenn die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht vor dem Zeitpunkt erteilt war, in welchem die Ausschlagungserklärung, abgesehen von dieser Genehmigung, Wirksamkeit erlangte. Hierzu genügte es jedoch, wenn die — gemäß § 1828 und § 1643 Abs. 3 BGB. dem Vater gegenüber erklärte — Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Nachlaßgerichte spätestens gleichzeitig mit der Ausschlagungserklärung zuging; es kam nicht darauf an, ob die Beurkundung oder Beglaubigung der Erklärung

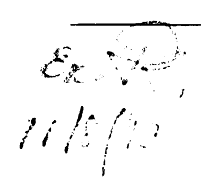
unter einem früheren Datum erfolgt war als dem des Genehmigungsbeschlusses bzw. seiner Bekanntmachung an den gesetzlichen Vertreter (KGJ. 24 A, 216, 29 A, 40). War die Ausschlagung mangels rechtzeitiger Beibringung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unwirksam, so konnte sie durch nachträgliche Erteilung der Genehmigung nicht wirksam werden, vielmehr hätte es einer erneuten, genehmigten Vornahme der Erklärung bedurft (RJA. 2, 216).

Das Beschwerdegericht gelangt an der Hand dieser in der Rechtsprechung und Rechtslehre befestigten Grundsätze dahin, daß es die von dem Vater G. erklärte Erbausschlagung für unwirksam erklärt, weil sie zunächst bei dem Nachlaßgericht eingegangen sei und dann erst die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erhalten habe, ohne daß eine Wiederholung der Erklärung erfolgt sei. Hierbei ist jedoch dem Umstande, daß für die Erledigung der Rechtsangelegenheit dasselbe Amtsgericht als Nachlaß- und als Vormundschaftsgericht örtlich zuständig war und daß sogar dieselbe Abteilung des Gerichts die Sache nach beiden Richtungen zu erledigen hatte, nicht Rechnung getragen. Es ist als richtig anzuerkennen, daß auch bei örtlicher Zuständigkeit desselben Amtsgerichts als Nachlaß- und als Vormundschaftsgericht in dem von den Vorinstanzen vertretenen Sinne zwischen dem Eingange bei dem Nachlaßgericht und dem Eingange bei dem Vormundschaftsgericht unterschieden werden muß. Wollte man das Amtsgericht in dieser Hinsicht als untrennbare Einheit auffassen, so würde eine genehmigungsbedürftige Erbausschlagung sich unter Abwesenden überhaupt nur in der Weise bewirken lassen, daß der Vater oder Vormund sich zunächst zur Abgabe der Erklärung ermächtigen ließe und sodann in einer zweiten schriftlichen Eingabe die Ausschlagung ausspräche. Eine solche verkehrserschwerende Umständlichkeit kann nicht als der Absicht des Gesetzes entsprechend angesehen werden. Geht man hiervon aus, so ist zuzugeben, daß die äußere Form der Erklärung und des Uebersendungsschreibens des Notars sowie die bureaumäßige Behandlung der Sache bei dem Amtsgerichte den Anschein erwecken, als sei die Ausschlagungserklärung auch des Vaters der Minderjährigen ohne die vormundsgerichtliche Genehmigung bei dem Nachlaßgericht eingegangen. Es wäre unbedenklich richtiger und zweckmäßiger gewesen, wenn der Notar die Ausschlagungserklärungen in zwei getrennten Urkunden beglaubigt und die Erklärungen der vier volljährigen Erben, die wegen des nahe bevorstehenden Ablaufs der für diese Erben laufenden Ausschlagungsfrist der Beschleunigung bedurften, zu den Nachlaßakten, die Ausschlagserklärung des Vaters G. aber mit dessen Bitte um vormundschaftliche Genehmigung zu neu anzulegenden Akten über diese Familienrechtsangelegenheit eingereicht hätte. Für die sachliche Beurteilung ist aber nicht die Fassung der Erklärungen der Beteiligten und die bureaumäßige Behandlung des Einganges, sondern die Auffassung und Behandlung maßgebend, welche die Beteiligten und der zuständige Richter der Sache haben angedeihen lassen. Von dem Notar, der für die Beteiligten gehandelt hat, muß vorausgesetzt werden, daß er die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und die dazu ergangene Rechtsprechung gekannt hat. Daß der Richter sich der fraglichen Rechtsgrundsätze bewußt gewesen ist, ergibt sich mit voller Sicherheit aus dem Aktenvermerke vom 9. März 1911. Dieser Vermerk kann nicht, wie das Landgericht will, als rechtsunerheblich angesehen werden, vielmehr läßt er die Auffassung begründet erscheinen, daß die Nachlaßabteilung des Amtsgerichts entsprechend der Absicht

der Beteiligten die von der Bitte um vormundschaftsgerichtliche Genehmigung begleitete Ausschlagungserklärung des Vaters der Minderjährigen nur als Botin für die Vormundschaftsabteilung in Empfang genommen und an letztere weiterbefördert hat. Eine solche Zerlegung der Urkunde vom 16. Februar 1911 in ihre verschiedenen Bestandteile erscheint nicht ausgeschlossen, es kommt auch nicht darauf an, daß die Urkunde nicht in Urschrift, sondern in einer beglaubigten Abschrift zu den Familienrechtsakten hinübergegeben worden ist. Diese Behandlung ergab sich aus der Notwendigkeit, die Ausschlagungserklärungen der übrigen Erben bei den Nachlaßakten zu behalten. Die soeben entwickelte Auffassung liegt um so näher, als es sich vermöge der Einheit der Nachlaß- und der Vormundschaftsabteilung im Grunde nur um eine Unterbringung des Einganges bei verschiedenen Akten derselben Abteilung handelte. Der Richter ist auch schon in der Verfügung vom 22. Februar 1911 als Vormundschaftsrichter tätig geworden, indem er den Vater auf die Notwendigkeit hinwies, die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft zu machen.

Hiernach hat die Urkunde vom 16. Februar 1911, soweit sie sich auf die Ausschlagungserklärung der Minderjährigen bezieht, zunächst dem Vormundschaftsrichter vorgelegen und ist erst, nachdem dessen Genehmigung erteilt und dem Vater bekannt gemacht worden war (§ 1828, § 1643 Abs. 3 BGB., § 16 FGG.), im Rechtssinne bei dem Nachlaßgericht eingegangen. Die Erbschaftsausschlagung der beiden Geschwister Bruno und Else G. ist daher rechtswirksam erfolgt.

Wollte man eine Zerlegung und verschiedene Behandlung der Urkunde vom 16. Februar 1911 nach den verschiedenen darin enthaltenen Erklärungen nicht für angängig erachten, so könnte man vielleicht auch auf einem anderen Wege zu demselben Ergebnisse gelangen. Die Bedeutung des Satzes, daß ein ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft des Vormundes unwirksam ist und bleibt, liegt nach dem Grunde der Vorschrift (zu vgl. § 111 BGB., Motive 1, 133; 4, 1153) vorzugsweise in dem Ausschlusse der Rückwirkung einer nachträglich erteilten Genehmigung. Erfolgt nach der Erteilung der Genehmigung eine erneute Vornahme oder ein Rechtsakt, der sich als solche auffassen läßt (Bestätigung nach § 141 BGB.), so ist das einseitige Rechtsgeschäft vom Zeitpunkte jenes Rechtsakts ab wirksam. Als ein einer erneuten Vornahme gleichstehender Rechtsakt aber ließe sich im vorliegenden Falle vielleicht die Hinübergabe der beglaubigten Abschrift des vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsbeschlusses zu den Nachlaßakten ansehen, da sie einen mit dem Willen der Beteiligten erfolgenden Hinweis auf die dort bereits befindliche schriftliche Erklärung enthält. Immerhin erscheint diese Auffassung etwas gezwungen und fragwürdig; die hier an erster Stelle entwickelte Auffassung aber führt dazu, daß die Ausschlagung der Geschwister G. als wirksam anzusehen ist.



Unzulässigkeit der Wiederaufhebung einer auf Antrag des Erben angeordneten Nachlaßverwaltung auf Grund der Zurücknahme des Antrags. Befugnis des Nachlaßgerichts, bei der von dem Erben beantragten Aufnahme eines Nachlaßinventars einen Nachlaßgläubiger zuzuziehen.

§§ 1981, 1988, 2003 BGB.

Kammergericht Berlin, 10. April 1912. — Bd. 12 S. 108.

Im Dezember 1911 starb der Kaufmann Arthur B. Er hatte in einem Testamente seine Ehefrau als Erbin eingesetzt. Die Witwe hat die Erbschaft angenommen.

Noch vor der Eröffnung des Testaments stellte der Schlossermeister Bu. bei dem Nachlaßgerichte den Antrag, für die unbekannten Erben des Verstorbenen gemäß § 1961 BGB. einen Nachlaßpfleger zu bestellen, mit der Begründung, daß er einen Anspruch, der ihm gegen den Nachlaß zustehe, gerichtlich geltend machen wolle und daß durch das Verhalten der Erbin die Befriedigung der Nachlaßgläubiger gefährdet werde. Bevor über diesen Antrag befunden war, stellte die Witwe B. selbst den Antrag, gemäß § 1981 BGB. eine Nachlaßverwaltung anzuordnen.

Das Nachlaßgericht ordnete hierauf die Nachlaßverwaltung an. Im Januar 1912 nahm die Witwe B. ihren Antrag auf Einleitung der Nachlaßverwaltung zurück und beantragte daraufhin, die Verwaltung wieder aufzuheben. Weiter beantragte sie, gemäß §§ 1993, 2003 BGB. das Inventar des Nachlasses aufzunehmen. Das Amtsgericht befragte den Gläubiger Bu., ob er seinen Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung aufrecht erhalte, was Bu. bejahte. Sodann gab es der Witwe B. bekannt, daß die Aufhebung nicht erfolgen könne, da auch der Schlossermeister Bu. die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragt habe. Ferner beauftragte das Amtsgericht den Gerichtsvollzieher P., das Inventar des Nachlasses aufzunehmen und hierbei den Schlossermeister Bu., der dies beantragt hatte, zuzuziehen. Das Landgericht wies die hiergegen erhobene Beschwerde zurück. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

I. Die Ansicht der Beschwerdeführerin, daß die auf Antrag des Erben angeordnete Nachlaßverwaltung aufzuheben sei, sobald der Erbe die Aufhebung beantrage, ist rechtsirrtümlich. Nach § 1981 BGB. ist die Nachlaßverwaltung ohne weiteres anzuordnen, wenn der Erbe die Anordnung beantragt, auf Antrag eines Nachlaßgläubigers nur dann, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Darüber, wann eine angeordnete Nachlaßverwaltung aufzuheben sei, sind allgemeine Vorschriften im Gesetze nicht enthalten. Es werden nur im § 1988 BGB. zwei Sonderfälle hervorgehoben, nämlich die Endigung der Nachlaßverwaltung durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses und die Aufhebung aus dem Grunde des nachträglich hervorgetretenen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse. Aus der Natur der Nachlaßverwaltung als einer Pflegschaft (§ 1975 BGB.) und der dadurch bedingten Anwendbarkeit des § 1919 BGB. folgt weiter, daß die Nachlaßverwaltung aufzuheben ist, wenn der Grund für ihre Anordnung weggefallen ist (RG. 72, 263), was insbesondere dann zutrifft, wenn die

Verwaltung durchgeführt ist. Die Frage, ob darüber hinaus die Nachlaßverwaltung auch dann aufzuheben sei, wenn derjenige, auf dessen Antrag sie angeordnet ist, ihre Aufhebung beantragt, ist mangels einer besonderen Bestimmung des Gesetzes aus dem Wesen und der Bedeutung der Nachlaßverwaltung zu beantworten.

Die Nachlaßverwaltung ist ebenso wie der Nachlaßkonkurs ein der amtlichen Abwickelung des Nachlasses dienendes, gesetzlich geordnetes Verfahren. Sie dient ihrer Bestimmung nach der Absonderung des Nachlasses als einer dem übrigen Vermögen des Erben gegenüber selbständigen Vermögensmasse zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Denkschrift zum Bürgerlichen Gesetzbuche S. 250). Die Wirkungen ihrer Anordnung bestehen auf zivilrechtlichem Gebiet, abgesehen von der Erwirkung der Haftungsbeschränkung (§ 1975 BGB.), insbesondere darin, daß der Erbe die Befugnis verliert, den Nachlaß zu verwalten und über ihn zu verfügen (§ 1984 Abs. 1 Satz 1), und daß dieses Recht auf den Nachlaßverwalter übergeht (§ 1985 Abs. 1), sowie darin, daß ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet, nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden kann, daß auch Zwangsvollstreckungen und Arreste zugunsten eines anderen als eines Nachlaßgläubigers ausgeschlossen sind (§ 1984 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 BGB.). Auf prozessualem Gebiete kommen die Unterbrechung bezw. Aussetzung eines anhängigen Rechtsstreits bei Anordnung der Nachlaßverwaltung (§ 241 Abs. 2, § 246 ZPO.) und die Aufhebung bereits erfolgter Vollstreckungsmaßregeln nach § 784 ZPO. in Betracht. Nach der vom Reichsgerichte (RG. 65, 287; 72, 261) gebilligten Rechtsauffassung ist der Nachlaßverwalter nicht gesetzlicher Vertreter des Erben noch auch der Nachlaßgläubiger, sondern ein Organ zur Durchführung der Zwecke der Nachlaßverwaltung mit einer dem Konkursverwalter ähnlichen Rechtsstellung und daher auch eigener Parteistellung im Prozesse.

Schon diese einschneidenden Wirkungen, welche die Anordnung der Nachlaßverwaltung auf materiellem wie prozessualem Gebiet äußert, lassen es unzulässig erscheinen, daß der Antragsteller nach seinem Belieben die Aufhebung der Verwaltung herbeiführen könnte. Einmal würde der Zweck jeder Nachlaßverwaltung, gleichgültig ob sie auf Antrag des Erben oder eines Nachlaßgläubigers angeordnet ist, nämlich die Befriedigung der Nachlaßgläubiger, nicht erreicht werden, wenn dem Antragsteller eine derartige Befugnis zugebilligt würde, und ferner würde ein wiederholter Wechsel in allen vorerwähnten Rechtsbeziehungen zu einer erheblichen Beunruhigung und Belästigung aller am Nachlasse beteiligten Personen führen, die nicht ohne zwingenden Grund zugelassen werden kann. Auch die auf Antrag des Erben angeordnete Nachlaßverwaltung dient nicht nur dazu, die Haftung des Erben auf den Nachlaß zu beschränken, obwohl es regelmäßig dieser Gesichtspunkt sein wird, der den Erben zur Stellung des Antrags veranlaßt, sondern sie dient auch in erster Linie der Befriedigung der Nachlaßgläubiger. Nur deswegen, weil sie bewirkt, daß der Nachlaß von dem eigenen Vermögen des Erben abgesondert und seine ausschließliche Verwendung im Interesse der Nachlaßgläubiger in den Formen einer amtlichen Liquidation gesichert wird, ist ihr die weitere Wirkung beigelegt, die Haftung des Erben auf den Nachlaß zu beschränken. Sie wird also auch in diesem Falle nicht im alleinigen Interesse des Erben, sondern in erster Reihe im Interesse der Nachlaßgläubiger angeordnet. Das letztere aber wird

nur gewahrt, wenn die einmal angeordnete Nachlaßverwaltung auch durchgeführt wird ohne Rücksicht auf etwaige Aufhebungsanträge des Erben. Auch ein einmal eröffnetes Konkursverfahren wird nicht ohne weiteres eingestellt, wenn der Antragsteller den Antrag zurücknimmt (Jäger, KO. (2) 585 Anm. 3 zu § 103, s. auch §§ 202 ff.).

Die hier vertretene Ansicht ist bereits vom Oberlandesgericht in Jena in einem Beschlusse vom 11. Juni 1903 (OLG. Rspr. 7, 135) und vom Kammergericht in einem Beschlusse vom 6. Juni 1907 (RJA 9, 9; zu vgl. auch KGJ. 31 A, 75 und RG. 72, 264) ausgesprochen worden. Auch die Rechtslehre steht auf dem gleichen Standpunkte, wenngleich manche Schriftsteller den Satz nicht ausdrücklich aussprechen, sondern nur ersichtlich stillschweigend als richtig unterstellen. Da somit in den Ausführungen des Landgerichts, das dieser Ansicht folgt, eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken ist, kann dahingestellt bleiben, ob im vorliegenden Falle die Nachlaßverwaltung nicht bloß auf Antrag der Erbin, sondern auch auf Antrag des Nachlaßgläubigers Bu. angeordnet ist, wie das Amtsgericht annimmt.

II. Die angefochtene Entscheidung läßt weiter auch insoweit einen Rechtsirrtum nicht erkennen, als sie die vom Nachlaßgericht angeordnete Zuziehung dritter Personen, insbesondere eines Nachlaßgläubigers, zu der gemäß § 2003 BGB. auf Antrag des Erben durch das Nachlaßgericht oder in seinem Auftrage durch den zuständigen Beamten erfolgenden Inventarerrichtung für zulässig erachtet.

Daß der Erbe auch nach der Anordnung der Nachlaßverwaltung befugt ist, seinerseits ein Inventar bei dem Nachlaßgericht einzureichen oder den Antrag auf Aufnahme eines solchen bei dem Gerichte zu stellen, kann mit Rücksicht auf die allgemeine Fassung der §§ 1993, 2003 BGB. und auf die Vorteile, die der Erbe mit der Inventarerrichtung in der Sicherung gegen den Verlust der Haftungsbeschränkung und in der Rechtsvermutung des § 2009 BGB. erlangt, keinem Zweifel unterliegen. Nur die Bestimmung einer Inventarfrist auf Antrag eines Nachlaßgläubigers ist nach § 2000 Satz 2 BGB. während der Dauer der Nachlaßverwaltung unstatthaft, weil die Gläubiger durch die mit der Nachlaßverwaltung verbundenen Sicherungsmaßregeln, zu denen auch die Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses gehört, genügend geschützt sind. Ebenso unbedenklich ist aber auch, daß das Nachlaßgericht befugt ist, die Zuziehung bestimmter Personen zur Inventarerrichtung anzuordnen, falls deren Mitwirkung zweckdienlich und förderlich erscheint. Ob sich dies gerade aus den vom Landgericht angezogenen preußischen Ausführungsvorschriften (§ 74 AG. z. GVG.; Art. 38 PrFGG.; § 105 Nr. 1 Geschäftsanw. für die Gerichtsvollzieher vom 1. Dezember 1899, JMbl, 692) ergeben würde, kann dahingestellt bleiben, da an der letztgenannten Stelle wohl mehr an die Zuziehung von materiell Beteiligten — Nacherben, Pflichtteilsberechtigten usw. — gedacht ist. Allein die fragliche Befugnis des Nachlaßgerichts folgt ohne weiteres aus dessen Recht und Pflicht, für eine möglichst sorgfältige, sachgemäße und zweckentsprechende Aufnahme des Inventars Sorge zu tragen. Aus diesem Gesichtspunkte haben die Vorinstanzen die Zuziehung des Schlossermeisters Bu. — nur gegen diesen richtet sich die weitere Beschwerde — für gerechtfertigt erachtet, der in glaubhafter Weise versichert hatte, daß er hinsichtlich des Verbleibs der zum Nachlasse gehörenden Baumaterialien zweckdienliche Angaben

werde machen können. Wenn die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, daß ihr Interesse die Zuziehung dritter Personen verbiete, weil eine solche für den Erben lästig und unbequem sei, so muß dieses Interesse hinter den eben erörterten Rücksichten zurücktreten.

Kündigung des Amtes als Testamentsvollstrecker für einen Teil der übertragenen Aufgaben unter Beibehaltung der Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers für den übrigen Teil des bisherigen Geschäftskreises.

§§ 2199, 2226 BGB.

Kammergericht Berlin, 6. Mai 1912. — Bd. 12 S. 112.

Der im Juni 1908 gestorbene Bankier Jakob B. hat in einem notariellen Testamente seine Ehefrau und seine Kinder als Erben eingesetzt und eine Testamentsvollstreckung angeordnet. Betreffs des Sohnes Albert B., der seit 1895 wegen Geisteskrankheit entmündigt war, ist bestimmt, daß, falls die Vormundschaft über ihn aufgehoben werden sollte, sein Vatererbe bis zu seinem Tode durch die Testamentsvollstrecker verwaltet werden solle. Letzteren ist zugleich gemäß § 2222 BGB. die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten der Nacherben übertragen, als welche die etwaigen Kinder, eventuell die Geschwister Albert B.s berufen sind.

Zu Testamentsvollstreckern hat der Erblasser seinen Neffen S. und seinen Schwiegersohn N. ernannt. Er hat ihnen neben der Auseinandersetzung der Erben die Verwaltung des Erbteils des Albert B., eines zum Nachlasse gehörenden Grundstücks und seines Geschäfts übertragen. Die Testamentsvollstrecker sind so freigestellt, „als es die Gesetze gestatten", mit Substitutionsbefugnis und mit dem Rechte ausgestattet, gemeinsam ihren Nachfolger zu ernennen; die Nachfolger haben dieselben Rechte wie die zunächst ernannten Vollstrecker.

Nachdem die Entmündigung Albert B.s 1910 aufgehoben und die Vormundschaft über ihn damit beendigt war, wurde die Verwaltung seines Vatererbes dem Testamente gemäß durch die Testamentsvollstrecker S. und A. geführt. Im Mai 1911 stellte Albert B. den Antrag, den Testamentsvollstreckern das Amt zu entziehen.

Der Antrag wurde vom Nachlaßgerichte für erledigt erklärt, nachdem die beiden Vollstrecker auf Veranlassung des Gerichts sich dazu verstanden hatten, ihr Amt, „soweit dieses die dauernde Verwaltung des Albert B.schen Vatererbes betrifft," zu kündigen und insoweit zwei Nachfolger zu ernennen, während sie sich im übrigen die Testamentsvollstreckung vorbehielten. Die von Albert B. hiergegen erhobene weitere Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auf seine weitere Beschwerde hat das Kammergericht Berlin unter Aufhebung der Vorentscheidung die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Landgericht zurückverwiesen.

Das Kammergericht tritt dem Beschwerdegerichte darin bei, daß die Kündigung eines Testamentsvollstreckers an sich auch in der Weise möglich ist, daß der Vollstrecker sein Amt nur zu einem Teil niederlegt, für einen anderen Teil seines bisherigen Geschäftskreises aber die Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers beibehält. Die Frage ist, soweit ersichtlich, in der Rechts-

lehre und Rechtsprechung bisher nicht erörtert worden, es geben auch die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch über sie keinen unmittelbaren Aufschluß. Die rechtliche Möglichkeit einer derartigen Kündigung ergibt sich aber aus folgenden Erwägungen. Der Erblasser kann, wie aus § 2224 Abs. 1 Satz 3 BGB. (Protokolle 5, 257, vgl. § 1797 Abs. 2 BGB.) hervorgeht, auch in der Literatur allgemein anerkannt wird, mehrere Testamentsvollstrecker mit getrennten Wirkungskreisen ernennen. Es ist ferner an sich zulässig, daß der Testamentsvollstrecker, der zur Ernennung eines Nachfolgers befugt ist, dem von ihm ernannten Nachfolger einen engeren Wirkungskreis zuweist, als er selbst ihn gehabt hat. Und es ist endlich, wenngleich der § 2199 Abs. 2 abweichend von den im Abs. 1 gebrauchten Worten „einen oder mehrere Mitvollstrecker“ nur von einem Nachfolger spricht, möglich, daß der zunächst ernannte eine Testamentsvollstrecker an seiner Stelle eine Mehrheit von Nachfolgern beruft, die als Mitvollstrecker nebeneinander tätig sein sollen. Voraussetzung ist in allen diesen Beziehungen nur, daß sich ein entsprechender Wille des Erblassers aus dem Testament entnehmen läßt. Wird dies aber als richtig anerkannt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein Testamentsvollstrecker nicht auch einen Teil seiner Amtstätigkeit sich selbst soll vorbehalten, für einen anderen Teil aber einen Nachfolger ernennen dürfen. Es ist dies im praktischen Ergebnisse nichts anderes, als wenn der Testamentsvollstrecker unter Abgrenzung getrennter Wirkungskreise einen Mitvollstrecker ernennt. Grundsätzlich wird, was für den vorliegenden Fall keiner näheren Erörterung bedarf, die teilweise Kündigung auch dann für zulässig zu erachten sein, wenn der Testamentsvollstrecker keinen Nachfolger ernennt, so daß, falls nicht anderweit Vorsorge getroffen ist, hinsichtlich eines Teiles der bisherigen Geschäfte des Vollstreckers der Erbe das freie Verfügungs- und Verwaltungsrecht erlangt.

Ob aber der Testamentsvollstrecker zu einer solchen teilweisen Kündigung und Nachfolgerernennung als ermächtigt anzusehen ist, kann nur nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden. Anhaltspunkte für den Willen des Erblassers bieten die leichtere oder schwerere Trennbarkeit der einzelnen Aufgaben bezw. Tätigkeitsgebiete des Testamentsvollstreckers, die entferntere oder nähere Möglichkeit von Streitigkeiten zwischen den mehreren Vollstreckern und die Frage, ob durch die Teilung des Amtes eine erhebliche Erschwerung oder Verteuerung der Geschäftsführung verursacht wird. Immer aber muß ein auf die fragliche Ermächtigung gerichteter Wille des Erblassers in dem Testamente wenigstens andeutungsweise zum Ausdruck kommen; es genügt nicht, wenn aus der Gesamtheit der letztwilligen Verfügungen und den Umständen des Falles lediglich gefolgert wird, daß der Wille des Erblassers der Teilung des Amtes nicht entgegenstehe. Denn auch zur Uebertragung der im Gesetze selbst (§ 2199 BGB.) erwähnten Befugnisse auf den ernannten Testamentsvollstrecker bedarf es einer besonderen „Ermächtigung“, die allerdings wie auch das im § 2200 vorgesehene Ersuchen an das Nachlaßgericht nicht mit ausdrücklichen Worten zu erfolgen braucht (KGJ 20 A 26; 31 A, 86).

In der letzterwähnten Beziehung sind nun die vom Beschwerdegerichte getroffenen Feststellungen nicht ausreichend. Das Landgericht erwägt lediglich, daß die Verwaltung des Albert B.schen Erbteils, die erst später in den Kreis der Aufgaben der Testamentsvollstreckung eingetreten sei, sich sehr wohl von den übrigen Aufgaben der Vollstrecker abtrennen lasse und daß dies auch dem

Erblasser wohl bewußt gewesen sei. Hierauf allein kommt es jedoch, wie die weitere Beschwerde mit Recht einwendet, nicht an, vielmehr ist zu erforschen, ob die Teilung dem wirklichen und irgendwie erklärten Willen des Erblassers entspricht. Der Satz des angefochtenen Beschlusses, der Erblasser hätte die verschiedenen Tätigkeitszweige, die er den Testamentsvollstreckern gemeinschaftlich übertragen habe, begrifflich ebenso gut getrennt ihnen übertragen können, und nur hierauf komme es an, läßt den Rechtsirrtum, in dem das Beschwerdegericht befangen ist, deutlich hervortreten.

Antrag eines Nachlaßgläubigers, dem ein Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einem zum Nachlasse gehörenden Grundstücke zusteht, auf Anordnung einer Nachlaßverwaltung. Unzulässigkeit einer solchen Anordnung, die lediglich darauf gegründet wird, daß der Erbe die Verwirklichung des Anspruchs durch Veräußerung des Grundstücks zu vereiteln drohe.

§ 1981 BGB.

Kammergericht Berlin, 13. Mai 1912. — Bd. 12 S. 115.

Der im Juli 1911 verstorbene Hauptlehrer H. hat in seinem Testamente seinen Sohn Paul H. als Erben eingesetzt mit der Bestimmung, daß er das zum Nachlasse gehörende Hausgrundstück nebst Ackerland nicht verkaufen dürfe, sondern als Erbgut der Familie zu erhalten habe. Er hat ferner der Lehrerstochter Ida S. zur Belohnung für langjährige Dienste eine Jahresrente von 120 Mark vermacht und außerdem bestimmt, daß sie in seinem Hause, solange es ihr beliebe und sie unverheiratet sei, in den näher bezeichneten Räumen freie Wohnung haben solle unter Mitbenutzung des Gartens.

Der Sohn geht, wie die Vermächtnisnehmerin glaubhaft gemacht hat und er selbst nicht in Abrede stellt, damit um, das Nachlaßgrundstück zu verkaufen, da er das testamentarische Verbot für unwirksam hält und bei der Entfernung seines Wohnorts zu einer sachgemäßen Verwaltung und Verwertung des Grundstücks außerstande zu sein erklärt. Die Vermächtnisnehmerin glaubt ihren Anspruch durch das Verhalten des Erben, der ihr eine nach ihrer Ansicht durchaus unzureichende Geldentschädigung geboten hat, gefährdet und hat daher den Antrag auf Anordnnng der Nachlaßverwaltung gestellt. Das Nachlaßgericht hat dem Antrage stattgegeben und einen Nachlaßverwalter bestellt, nachdem die Beschwerde des Erben von dem Landgerichte zurückgewiesen worden war. Auf die weitere Beschwerde des Erben hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur weiteren Veranlassung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Nachlaßgericht zurückverwiesen.

Der Beschwerdeführer irrt, wenn er annimmt, daß das testamentarische Veräußerungsverbot und das Vermächtnis für die Ida S. unwirksam seien. Das Veräußerungsverbot hat zwar wie andere rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen nach § 137 Satz 1 BGB. keine dingliche Wirksamkeit; eine nach anderen Vorschriften begründete schuldrechtliche Wirkung wird jedoch, wie § 137 Satz 2 ausdrücklich hervorhebt, davon nicht berührt. Das Verbot hat die Bedeutung und Wirkung einer Auflage, die den Erben zu einer Unterlassung verpflichtet (§§ 1940, 241 BGB.).

Dagegen ist der weitere Angriff der Beschwerde begründet, daß die Nachlaßverwaltung im vorliegenden Falle nicht das geeignete Mittel sei, der Vermächtnisnehmerin zu ihrem Rechte zu verhelfen, und daß es an den gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Anordnung fehle. Das Vermächtnis ist dahin auszulegen, daß der Erbe nicht nur verpflichtet ist, die persönliche Benutzung der fraglichen Räume durch die Vermächtnisnehmerin zu dulden, sondern daß er ihr ein festes Recht dieses Inhalts zu verschaffen hat, das auch durch eine etwaige Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht berührt werden würde. Die Vermächtnisnehmerin kann daher ohne weiteres, nicht etwa erst bei Gefährdung ihres Anspruchs, die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1093 BGB. (Wohnungsrecht) durch Eintragung in das Grundbuch (§ 873 BGB.) verlangen und unter den Voraussetzungen des § 935 ZPO. die Sicherung dieses Anspruchs durch eine gerichtliche einstweilige Verfügung und die in deren Ausführung erfolgende Eintragung einer Vormerkung erwirken (§§ 938, 941, 942 ZPO.; §§ 883, 885 BGB.). Daß ihr dieser einfachere, und nach Lage der Sache vollkommen ausreichende Weg zur Sicherung ihrer Rechte aus dem Testament offen stand, wird in dem angefochtenen Beschlusse zutreffend hervorgehoben. Das Landgericht irrt jedoch, wenn es annimmt, daß daneben auch die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlaßverwaltung auf Antrag der Vermächtnisnehmerin vorgelegen hätten.

Soweit die Rechtseinrichtung der Nachlaßverwaltung nicht dem Interesse des Erben (§§ 1975, 1981 Abs. 1, § 2062 BGB.), sondern dem der Nachlaßgläubiger dient und daher auf ihren Antrag anzuordnen ist (§ 1981 Abs. 2 BGB.), ist sie aus dem im gemeinen Rechte und in den meisten neueren Rechten anerkannten Absonderungsrechte der Nachlaßgläubiger (beneficium separationis, Dernburg Pand. (7) 3, § 170, Code civil Art. 878ff., sächs. bürgerliches Gesetzbuch §§ 2333ff., für den Fall des Konkurses des Erben auch PrALR. 1, 16 §§ 500ff.) hervorgegangen und in gewisser Weise dem erbschaftlichen Liquidationsverfahren des älteren preußischen Rechtes nachgebildet, das ebenso wie das gemeine Recht die Bestellung eines Kurators zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger kannte. Dieser geschichtliche Zusammenhang tritt in den Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Protokolle 5, 822, D. 252) deutlich hervor. Danach ist der Zweck der Nachlaßverwaltung, soweit sie nicht zugleich dem Interesse des Erben dient, die Absonderung des Nachlasses zur Sicherung der Nachlaßgläubiger gegen die Gefahren, die ihnen aus der Vermischung des Nachlasses mit dem übrigen Vermögen des Erben, insbesondere durch die Konkurrenz mit den Erbengläubigern, erwachsen können. Diesem Zwecke entspricht die Ausgestaltung, die das Institut im Bürgerlichen Gesetzbuch und in der Zivilprozeßordnung gefunden hat. Die weitgehenden materiell rechtlichen und prozessualen Befugnisse des Verwalters, die Bekanntmachung der Anordnung in den Zeitungen, die ganze Anlehnung der Nachlaßverwaltung an den Konkurs (zu vgl. RG. 65, 288, 289; 72, 261ff.) lassen erkennen, daß es die Aufgabe der Nachlaßverwaltung ist, die Befriedigung der Gesamtheit der Nachlaßgläubiger in einem einmaligen und einheitlichen Verfahren herbeizuführen. Deswegen ist auch, wie das Kammergericht erst kürzlich in dem Beschlusse vom 10. April 1912 (KJA. 12, 108), siehe auch OLGRsp. 7, 135) entschieden hat, der Gläubiger, der den Antrag auf An-

ordnung der Nachlaßverwaltung gestellt hat, nicht in der Lage, durch Zurücknahme des Antrags beliebig die Aufhebnng des Verfahrens herbeizuführen, vielmehr muß, von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen, eine einmal eingeleitete Nachlaßverwaltung auch vollständig durchgeführt werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich aber, daß es nicht die Aufgabe eines solchen umfassenden Verfahrens sein kann, lediglich für die Befriedigung eines einzelnen Nachlaßgläubigers wegen seines Anspruchs auf eine individuelle Leistung Sorge zu tragen, wenn die Gesamtheit der Nachlaßgläubiger und selbst der betreffende Gläubiger hinsichtlich seines etwaigen Interessenanspruchs überhaupt nicht gefährdet ist. Für solche Fälle stehen dem Gläubiger die Mittel des Zivilprozesses zur Verfügung, Klage, Zwangsvollstreckung und für Eilfälle die einstweilige Verfügung, welche letztere in den Fällen des § 935 ZPO. gerade den ausgesprochenen Zweck hat, die Verwirklichung der Individualleistung zu gewährleisten. Daß die Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht eine Mehrheit von Gläubigern zur Voraussetzung hat (OLGRsp. 6, 312, RJA. 7, 18), steht dem nicht entgegen; erforderlich ist nur, daß alle vorhandenen Gläubiger in gleicher Weise gefährdet sind. Dies trifft aber nicht zu, wenn nur der Anspruch eines einzelnen Gläubigers auf die ihm gebührende Individualleistung durch das Verhalten des Erben bedroht erscheint.

Die hiernach gebotene Beschränkung der Nachlaßverwaltung gelangt auch in der Fassung des Gesetzes hinreichend zum Ausdruck. Im § 1975 BGB. wird die Nachlaßverwaltung als Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung „der“ Nachlaßgläubiger bezeichnet. Nach § 1981 Abs. 2 ist sie auf Antrag „eines“ Nachlaßgläubigers anzuordnen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung „der“ Nachlaßgläubiger „aus dem Nachlasse“ durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird. Der besonders im § 1981 Abs. 2 deutlich hervortretende Gebrauch der Mehrzahl „der Nachlaßgläubiger“ besagt, daß das Ziel der Nachlaßverwaltung die gemeinsame Befriedigung aller vorhandenen Gläubiger ist, während „Befriedigung aus dem Nachlasse“ entsprechend den im Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und im Zwangsversteigerungsgesetz als technischer Ausdruck gebrauchten Worten „Befriedigung aus dem Grundstücke“ (vgl. §§ 1113, 1118, 1191, 1199 BGB., § 9 Nr. 2, § 10 ZVG.; auch §§ 47, 48, 51, 52 KO.) darauf hinweist, daß an eine Befriedigung durch Verwertung des Nachlasses, also nicht an den Anspruch auf eine Individualleistung gedacht ist.

In der Rechtsprechung und Rechtslehre ist die hier erörterte Frage soweit ersichtlich, bisher nicht berührt worden. Wenn bei einzelnen Schriftstellern bemerkt wird, es könne „jeder“ Nachlaßgläubiger den Antrag auf Nachlaßverwaltung stellen, so ist damit nur gemeint, daß nicht gewisse Klassen von Gläubigern, bei denen dies zweifelhaft sein könnte, wie Pflichtteilsberechtigte, Vermächtnisnehmer, im Aufgebotsverfahren ausgeschlossene Gläubiger vom Antragsrecht ausgeschlossen seien. Auf dem Wege zu dem hier verteidigten Satze liegt jedoch bereits die Entscheidung des Kammergerichts vom 3. Januar 1907 (RJA. 8, 179). Dort ist ausgesprochen, daß Säumigkeit des Erben in der Befriedigung eines Nachlaßgläubigers für sich allein kein Grund zur Anordnung der Nachlaßverwaltung ist, und in der Begründung ausgeführt, bloße Beschleunigung sei nicht der Zweck der Nachlaßverwaltung, die Säumigkeit des Erben gebe auch bei Vorsätzlichkeit ohne Hinzutreten anderer Umstände dem Gläubiger noch nicht

das Antragsrecht; ihr sei mit den Mitteln des Zivilprozesses entgegenzutreten, es würde ein Mißbrauch der Einrichtung der Nachlaßverwaltung sein, wenn sie zu solchem Zwecke zugelassen würde.

Nun liegt freilich der gegenwärtige Fall insofern anders, als hier der Erbe nicht nur säumig ist, sondern — sei es aus Böswilligkeit, sei es in eigennütziger Wahrung seiner Interessen — bewußt darauf ausgeht, durch Veräußerung des Grundstücks ohne vorherige Sicherstellung des vermachten Rechtes die Erfüllung des Vermächtnisses durch die spezielle Leistung zu hintertreiben. Allein auch hier kann aus den vorerörterten Gründen die Nachlaßverwaltung nicht zugelassen werden. Daß der Erbe sich etwa in mißlicher Vermögenslage befände, daß er mit dem Nachlaß unwirtschaftlich umginge oder daß er auch nur beabsichtigte, der Vermächtnisnehmerin die ihr eventuell gebührende Geldentschädigung zu entziehen bezw. ihre Befriedigung deswegen aus dem Nachlasse zu vereiteln, wird von der Antragstellerin nicht behauptet und vom Erben bestimmt in Abrede gestellt. Die Vermächtnisnehmerin wird auch durch die Ablehnung ihres Antrags nicht geschädigt. Sie ist durch die vorerwähnten prozessualen Rechtsbehelfe vollkommen gesichert, die Anordnung der Nachlaßverwaltung wegen ihres Anspruchs würde sich als eine weit über das Ziel hinausschießende Maßnahme darstellen.

Aus diesen Gründen war unter Abänderung der Vorentscheidungen die Anordnung der Nachlaßverwaltung aufzuheben (zu vergl. RJA. 9, 9).

Angabe der für den Nacherben angeordneten Testamentsvollstreckung in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbscheine.

§§ 2222, 2363 bis 2365 BGB.

Kammergericht Berlin, 27. Juni 1912. — Bd. 12 S. 118.

Frau Marie von K. auf K. errichtete im November 1911 ihr Testament. Sie setzte darin ihren Ehemann W. als Vorerben und ihre im ersten Kindesalter stehenden Neffen in einer bestimmten Reihenfolge als Nacherben ein. Mit Rücksicht auf ihr Gut K. bestimmte sie in dem Testamente: „Die Nacherbschaft soll alsbald nach meinem Tode im Grundbuch . . . . . eingetragen werden; eine Belastung von K. seitens des Vorerben darf nur mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers und des ersten Nacherben oder seines Pflegers erfolgen (§ 6).

In § 10 des Testaments heißt es:

„Der Nacherbe soll die Verwaltung von K. erst nach vollendetem 28. Lebensjahre übernehmen. Bis dahin soll das Gut für seine Rechnung . . . verwaltet werden. Dies und die wahrscheinliche Notwendigkeit, für eine Reihe von Jahren Vorsorge zu treffen, veranlassen mich zu folgenden Bestimmungen: Ich berufe einen Testamentsvollstrecker . . . . . Ich ermächtige den Testamentsvollstrecker, den Nachlaß zu verwalten." . . . . .

Nachdem Frau von K. gestorben war, stellte der Vorerbe bei dem Nachlaßgerichte den Antrag, ihm einen Erbschein zu erteilen, und zwar bezüglich der Testamentsvollstreckung des Inhalts, daß die Erblasserin „behufs Wahrnehmung der Rechte der Nacherben und behufs Verwaltung des Nachlasses nach eingetretener Nach-Erbfolge Testamentsvollstreckung angeordnet habe".

Das Nachlaßgericht erteilte einen Erbschein, dessen letzter Satz lautet: „Die Erblasserin hat einen Testamentsvollstrecker ernannt". Den Antrag des Vorerben, den Erbschein nach seinem früheren Antrage zu ergänzen, lehnte das Nachlaßgericht unter Billigung des Landgerichts ab. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht Berlin die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Nachlaßgericht zurückverwiesen.

Der Beschwerdeführer verlangt die Ergänzung des ihm erteilten Erbscheins aus einem doppelten Grunde: weil die in dem Erbschein enthaltene Angabe über die angeordnete Testamentsvollstreckung nicht mit der übereinstimme, die er darüber aufzunehmen beantragt habe, und weil der Erbschein durch die aufgenommene Angabe unrichtig sei. Ob aus dem ersten Grunde allein der Antrag auf Ergänzung zulässig sein würde, kann dahingestellt bleiben. Der Beschwerdeführer ist zu diesem Antrage jedenfalls aus dem zweiten Grunde berechtigt. Er rügt mit Recht an dem erteilten Erbschein auch sachliche Unrichtigkeit in dem streitigen Punkte, und mit Rücksicht auf diese Rüge der Unrichtigkeit ist der Antrag auf „Ergänzung" des Erbscheins, wie bereits in anderen Fällen angenommen (OLGRsp. 9, 437; 12, 401, vgl. auch KGJ. 36 A, 116), als Antrag auf Einziehung des vorhandenen unrichtigen und Erteilung eines neuen richtigen Erbscheins aufzufassen. Gegen die Ablehnung eines derartigen Antrags steht der Beschwerdeweg nach Maßgabe der §§ 19 ff. FGG. offen.

Die von dem Erbscheine berührten Nachlaßbeteiligten haben nicht das Recht, eine Ergänzung des Erbscheins zu fordern, die über den gesetzlichen Rahmen dieses Zeugnisses hinausgeht und an dessen Rechtswirkungen nicht Teil hat (RG. 64, 178, KGJ. 29A, 65). Die vom Beschwerdeführer beantragte Ergänzung hält sich jedoch in diesem Rahmen und bedeutet eine sachlich gerechtfertigte Beschränkung bezw. nähere Bestimmung des Vermerkes über die Ernennung des Testamentsvollstreckers. Nach dem Wortlaute des § 2364 Abs. 1 BGB. scheint es allerdings, als müsse in dem Erbscheine notwendig jede Ernennung eines Testamentsvollstreckers, und zwar ohne näheren Zusatz, angegeben werden. Aus dem Zwecke der Vorschrift und ihrem Zusammenhange mit anderen Vorschriften, insbesondere dem § 2365 BGB., ergibt sich jedoch, wie auch in der Rechtslehre anerkannt wird, daß nur solche Testamentsvollstreckungen in einem Erbscheine zu erwähnen sind, die den Erben, und zwar eben denjenigen Erben beschränken, dessen Recht in dem betreffenden Erbscheine bezeugt wird. Demgemäß ist ein Testamentsvollstrecker, der nur für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen hat (2223 BGB.), überhaupt nicht im Erbscheine zu erwähnen, ein Vollstrecker aber, der nur für den Erbteil eines Miterben ernannt ist, nur in dem diesem Miterben ausgestellten Teilerbschein oder in einem gemeinschaftlichen Erbschein, und zwar im letzteren unter Hervorhebung seiner Beschränkung auf den fraglichen Erbteil. Es würde sachlich nicht gerechtfertigt und in Anbetracht der Weiterungen, die der im Erbschein enthaltene Hinweis auf die Anordnung einer Testamentsvollstreckung im Rechtsverkehre nach sich ziehen kann, praktisch bedenklich sein, wenn die Testamentsvollstreckung in einem Erbschein erwähnt würde, der ausschließlich einem von ihr nicht betroffenen Erben erteilt wird, oder wenn bei einer Mehrheit von Erben nicht durch die Fassung des Vermerks klargestellt würde, wer von ihnen

der Testamentsvollstreckung unterliegt. Dient also der Erbschein zur Legitimation mehrerer Erben und werden nicht alle von der Ernennung des Testamentsvollstreckers betroffen, so ist im Erbschein anzugeben, welche Erben durch die Anordnung beschränkt werden. Dieses Erfordernis steht nicht etwa im Widerspruch mit dem Satze, daß über die Person und den Umfang der Befugnisse des Testamentsvollstreckers in den Erbschein nichts aufgenommen werden darf (KGJ. 23 B, 8; 29 A, 67; 33 A, 101). Denn in dem einem Falle handelt es sich um die äußere Ausdehnung der Testamentsvollstreckung, in dem anderen dagegen um die innere Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um einen dem Vorerben zu erteilenden Erbschein. Ein solcher Erbschein ist, insofern er ergibt, wer die zu Verfügungen des Vorerben etwa erforderliche Zustimmung zu erteilen hat, zugleich für die Legitimation der zurzeit seiner Ausstellnng als Nacherben berufenen Personen von Erheblichkeit (KGJ 24 A, 186) und dient daher in diesem Sinne zum Ausweise mehrerer Erben. Sollte in ihm die Anordnung der Testamentsvollstreckung ohne nähere Bestimmung anzugeben sein, so müßte sie nach den eben entwickelten Grundsätzen als solche den Vorerben und die Nacherben beschränken. Das ist aber nicht der Fall.

Aus § 10 des Testaments ergibt sich einmal, daß der Testamentsvollstrecker das Recht der Verwaltung des Nachlasses nach näherer Maßgabe jener Bestimmung für die Zeit nach dem Eintritte der Nacherbfolge haben soll. Darin liegt keine Beschränkung des Vorerben, sondern nur eine solche des Nacherben, und zwar eine Beschränkung, die überhaupt erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge (§ 2139) wirksam wird. Hätten die Befugnisse, die die Erblasserin dem Testamentsvollstrecker zugedacht hat, nur den oben angegebenen Umfang, so wäre seine Ernennung in dem jetzt zu erteilenden Erbschein überhaupt nicht anzugeben, da in diesem das dem Nacherben künftighin etwa zustehende Erbrecht nicht bescheinigt wird (Motive 5, 566). Der Testamentsvollstrecker ist aber ferner ernannt, um die Interessen der Nacherben — wie zu ergänzen ist: gegenüber dem Vorerben — wahrzunehmen. Insoweit handelt es sich um die Anordnungen einer Testamentsvollstreckung im Sinne des § 2222 BGB. Eine solche äußert ihre Wirkung nach zweifacher Richtung. Sie beschränkt einmal den Nacherben, indem sie die Rechte, die diesem nach den §§ 2113ff. BGB. zustehen dem Testamentsvollstrecker zur Wahrnehmung überantwortet, sie macht sich aber auch dem Vorerben gegenüber geltend. Denn, wenn auch der Umfang der Beschränkung, die dem Vorerben aus der Einsetzung eines Nacherben erwächst, durch den Hinzutritt eines nach § 2222 BGB. ernannten Testamentsvollstreckers nicht vergrößert wird, so erleidet diese Beschränkung doch ihrer Art und ihrem Inhalte nach eine Abänderung, die für den Nacherben selbst und für Dritte, die zu ihm in rechtsgeschäftliche Beziehungen treten, von wesentlicher Bedeutung ist. Wie daher bei der im § 52 GBO. vorgeschriebenen Eintragung des Rechtes eines Nacherben, wenn das Grundbuch die Rechtslage richtig darstellen soll, zugleich eine gemäß § 2222 BGB. für den Nacherben angeordnete Testamentsvollstreckung schon auf Grund des § 52, ganz abgesehen von dem § 53 GBO., mit eingetragen werden muß (KGJ. 40 A, 196, 198), so ist die Testamentsvollstreckung auch in den Erbschein für den Vorerben aufzunehmen. Wenn im BGB. Kommentar von Reichsgerichtsräten (Anm. I zu § 2364) die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt

wird, so scheint das auf der anderweit (z. B. von F. Leonhard, Erbrecht Anm. I zu § 2364) deutlich ausgesprochenen Auffassung zu beruhen, daß es für die §§ 2364, 2365 auf eine Beschränkung des Erben ankomme, die in der Entziehung des Verwaltungsrechts (§§ 2205, 2208, 2211 f.) besteht. Diese Auffassung trifft jedoch unbedenklich nicht das Richtige. Denn wenn auch während des Bestehens einer Vorerbschaft der Erbschein nur dem Vorerben erteilt wird, so wird er doch nicht lediglich in dessen Interesse, sondern, wie bereits dargelegt, zur Sicherung des Rechtsverkehrs mit dem Erben überhaupt (§§ 2366 f.) und auch zur Legitimation des Nacherben (bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge) erteilt. Dieser Zweck würde verfehlt, wenn der Erbschein nur die Angaben über die eingesetzten Nacherben enthielte. Die Rechtsstellung des Vorerben würde damit in dem Sinne unrichtig dargestellt werden, als könnte er mit der vom Nacherben selbst erteilten Zustimmung voll wirksam über alle Nachlaßgegenstände verfügen, während er in Wahrheit an die Zustimmung des Testamentsvollstreckers gebunden ist. Hieraus folgt, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung in dem dem Vorerben zu erteilenden Erbschein einerseits nicht übergangen werden darf, andererseits aber zwecks Vermeidung von Mißverständnissen und Beeinträchtigungen des Vorerben dahin klargestellt werden muß, daß der unmittelbar Beschränkte nur der Nacherbe ist, daß es sich also um eine Testamentsvollstreckung nach § 2222 BGB. handelt.

Eintragung einer Gewerkschaft mit juristischer Persönlichkeit in das Handelsregister des Ortes, an welchem die Gewerkschaft ihre Handelsniederlassung hat, wenn der Ort der Handelsniederlassung und der statutarische Sitz der Gewerkschaft auseinanderfallen.

Art. 5 EGzHGB.; §§ 2, 29, 33 bis 35 HGB.

Oberlandesgericht Dresden, 25. Mai 1912. — Bd. 12 S. 124.

In einem notariell beglaubigten Schreiben meldete S. als Vorsitzender des Grubenvorstandes der Gewerkschaft E., deren Sitz nach § 2 ihrer Satzung sich in Geyer befindet, die Gewerkschaft bei dem für Geyer zuständigen Amtsgericht E. zur Eintragung in das Handelsregister an. Das Grubenfeld der Gewerkschaft liegt im Bezirke des Amtsgerichts S. Die Verwaltung wird nach dem Anmeldungsschreiben im Grunewald bei Berlin geführt. Das Amtsgericht E. lehnte die Eintragung der Gewerkschaft in sein Handelsregister unter Billigung des Landgerichts ab, weil nach den §§ 29, 33 HGH. für die Eintragung das Amtsgericht zuständig sei, in dessen Bezirke sich die Niederlassung der Gewerkschaft befindet. Auch der weiteren Beschwerde hat das Oberlandesgericht Dresden den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Die Gewerkschaft R. hat durch die Genehmigung ihrer Satzung seitens des Königlich Sächsischen Finanzministeriums die Rechte einer juristischen Person erlangt (Allg. Berggesetz § 9). Die Eintragung der Gewerkschaft in das Handelsregister setzt nach den §§ 2, 33 HGB. voraus, daß das Bergwerksunternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Daß dies der Fall sei, ist bisher nicht dargetan. Weiter entspricht die Anmeldung in formeller Beziehung nicht den

gesetzlichen Vorschriften. Endlich ist auch den Vorinstanzen darin beizupflichten, daß dem Amtsgericht C. die Zuständigkeit für die angemeldete Eintragung abgeht.

Die firmenrechtlichen Vorschriften, die in den §§ 33 bis 36 HGB. für juristische Personen getroffen sind, enthalten keine Bestimmung darüber, bei welchem Gerichte die Firma zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Die §§ 33 bis 36 finden aber, wie allseitig anerkannt wird, ihre Ergänzung durch die für den firmenpflichtigen Kaufmann im allgemeinen geltenden Vorschriften der §§ 29 bis 32 HGB. und nach dem § 29 ist die Firma eines Kaufmanns bei demjenigen Gerichte zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, in dessen Bezirke sich die Handelsniederlassung befindet. Demgemäß hat auch die Firma einer juristischen Person bei dem Gerichte, zu dessen Bezirk ihre geschäftliche Niederlassung gehört, zur Anmeldung und zur Eintragung in das Handelsregister zu gelangen (Ritter, HGB. Anm. 2 zu § 33). Zweck des Handelsregisters ist, die Rechts- und Verkehrssicherheit im Handelsverkehr zu festigen. Gewisse bei einem kaufmännischen Geschäft eintretende wichtige Vorgänge sollen durch ihre Eintragung in das Handelsregister der Kenntnis eines jeden Interessenten zugänglich gemacht werden. Das wird am ehesten und sichersten erreicht, wenn die Verlautbarung bei dem Gericht erfolgt, in dessen Bezirke sich der Mittelpunkt des Geschäftsbetriebs befindet. Diese Erwägung hat im § 29 dazu geführt, bei der Bestimmung der Zuständigkeit des Registergerichts das entscheidende Gewicht auf den Ort der Handelsniederlassung zu legen. Die Erwägung trifft ebenso bei juristischen Personen zu, und hier um so mehr, als es sich bei ihnen zugleich darum handelt, für den Verkehr festzustellen, daß das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und deshalb als Handelsgewerbe gilt (§ 2 HGB.). Richtig mag sein, daß die Eintragung der juristischen Personen in das Handelsregister der Regel nach bei dem Gerichte geschieht, in dessen Bereiche die juristische Person ihren Sitz hat. Es hängt dies aber damit zusammen, daß sich in der Mehrzahl der Fälle Sitz und Ort der Verwaltung decken. Am allerwenigsten könnte dem Sitze irgendwelche Bedeutung für die Zuständigkeit des Registergerichts dann beigelegt werden, wenn der Sitz, wie im vorliegenden Falle, einen rein fiktiven Charakter an sich trägt. An dem als Sitz bezeichneten Orte Geyer wird weder die Verwaltung geführt, noch liegt das Grubenfeld der Gewerkschaft auch nur in dessen Nähe.

Begriff des Handwerksbetriebs.

§§ 1, 2, 4, 29 HGB.

Oberlandesgericht Dresden, 17. August 1912. — Bd. 12 S. 125

Das Registergericht zu M. hat den Fleischermeister Gustav N. unter Hinweis darauf, daß er eine mit Gast- und Landwirtschaft verbundene Fleischerei betreibe, die über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehe, auch nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, unter Strafandrohung angehalten, seine Firma zum Handelsregister anzumelden, und den Einspruch N.s verworfen. Die hiergegen erhobene Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen, weil die Fleischerei mit

Rücksicht auf den mit ihr erzielten Jahresumsatz von 150 000 M. einen Großbetrieb darstelle, der kaufmännische Einrichtungen erfordere und daher nach § 2 HGB. firmenpflichtig sei. Auch der weiteren Beschwerde hat das Oberlandesgericht Dresden den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Das Rechtsmittel ist unbeachtlich.

Allerdings ist die Begründung der angefochtenen Entscheidung insofern zu beanstanden, als die Eintragungspflicht des Beschwerdeführers auf § 2 HGB. und insbesondere ausschließlich auf den in der Fleischerei erzielten Umsatz gestützt wird. Wie keiner Ausführung bedarf und auch allgemein anerkannt wird, ist ein Fleischereibetrieb nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 HGB. ein Handelsgewerbe und daher sein Inhaber nach § 1 Abs. 1 HGB. Kaufmann, nur daß er nach § 4 Abs. 1 HGB. zu den Minderkaufleuten gehört und demzufolge vom Firmenzwange befreit ist, wenn sein Gewerbebetrieb sich innerhalb der Grenzen eines Handwerksbetriebs hält. Ist das jedoch nicht der Fall, geht demnach der Fleischereibetrieb über den Umfang des Handwerks hinaus, so ist der Inhaber ohne weiteres Vollkaufmann und daher als solcher nach § 29 HGB. firmenpflichtig. Die Vorschrift des § 2 HGB. kann insoweit keine Anwendung finden. Sie bezieht sich, indem sie die Gewerbebetriebe, die nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern, im Falle der vorgeschriebenen Eintragung der Firma für Handelsgewerbe erklärt, nicht auf die Gewerbebetriebe, die schon nach § 1 Abs. 2 HGB. zu den Handelsgewerben gehören, und betrifft daher nur Personen, denen an sich die Kaufmannseigenschaft abgeht, für die sie vielmehr erst mit der Eintragung der Firma begründet wird.

Gleichwohl ist der § 2 HGB. für die vorliegende Entscheidung nicht ohne Bedeutung. Die in Wissenschaft und Rechtsprechung mehrfach vertretene Ansicht, daß der § 2 HGB. außer allem Zusammenhange mit dem § 4 Abs. 1 HGB. stehe und daß die Handwerker auch bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 2 HGB. vom Firmenzwange befreit seien, ist ebenso unhaltbar wie die gleichfalls in Wissenschaft und Rechtsprechung mehrfach anzutreffende Ansicht des Landgerichts, daß die Handwerker auf Grund von § 2 HGB. firmenpflichtig werden könnten. Wie einerseits im § 4 Abs. 1 HGB. die Handwerker schlechthin und unterschiedslos vom Firmenzwange befreit sind, so wird andererseits im § 2 HGB. der Firmenzwang auf die Gewerbebetriebe, die nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtungen erfordern, ohne jede Einschränkung ausgedehnt. Bei dieser Sachlage ist als Sinn des Gesetzes anzunehmen, daß ein Gewerbebetrieb, wenn er den Handwerksbetrieben zugezählt werden soll, nach Art und Umfang nicht so beschaffen sein darf, daß er kaufmännische Einrichtungen erfordert, und daß ein Gewerbebetrieb von solcher Beschaffenheit nicht mehr als ein Handwerksbetrieb angesehen werden kann. Insofern dient demnach die Vorschrift des § 2 HGB. zur Umgrenzung des Begriffs des Handwerksbetriebs im Sinne des § 4 Abs. 1 HGB. Mag auch ein Gewerbebetrieb an sich, wie der Fleischereibetrieb, seiner geschichtlichen Bedeutung nach zum Handwerke gehören, so hört er jedenfalls beim Eintritte der Voraussetzungen des § 2 HGB. auf, ein Handwerksbetrieb im Sinne des § 4 Abs. 1 HGB. zu sein.

Dementsprechend ist wie für die Frage, ob im Sinne des § 2 HGB. kaufmännische Einrichtungen erforderlich sind, so auch für die Frage, ob ein Gewerbebetrieb über den Umfang eines Handwerksbetriebs im Sinne des § 4 Abs. 1 HGB. hinausgeht, nicht, wie das Landgericht meint, nur der Umfang, sondern auch die Art des Geschäftsbetriebs zu berücksichtigen. Das ergibt sich auch daraus, daß im § 4 Abs. 1 HGB. den Handwerkern diejenigen Personen gleichgestellt sind, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht. Denn danach geht das Gesetz davon aus, daß Gewerbebetriebe, die über den Umfang des Kleingewerbes hinausgehen und daher Großbetriebe sind, doch noch Handwerksbetriebe sein können. Infolgedessen ist im vorliegenden Falle die Frage nicht die, ob der Fleischereibetrieb des Beschwerdeführers wegen der Höhe des Umsatzes ein Großbetrieb ist, sondern die, ob er nach der Größe des Umsatzes und der Art seiner inneren Einrichtung über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Diese Frage kann aber auf Grund der getroffenen Feststellungen schon jetzt unbedenklich bejaht werden. . . . .

Firma der Zweigniederlassung; Erkennbarkeit des Zusammenhangs zwischen der Haupt- und der Zweigniederlassung.

§§ 17, 30 HGB.

Oberstes Landesgericht München, 5. September 1912. — Bd. 12 S. 127.

Der Steinmetzmeister N. und der Architekt H. betreiben in offener Handelsgesellschaft in B. ein Handelsgewerbe, das im Handelsregister des Amtsgerichts B. unter der Firma N. & H., vorm. Otto M. Nachf. eingetragen ist. Im August 1912 erklärten die beiden Gesellschafter bei dem Amtsgerichte W. als Registergericht, daß sie in W. eine Zweigniederlassung besitzen, die sie unter der Firma „Muschelkalksteinwerke N. & H." betreiben wollen. Sie beantragten, diese Zweigniederlassung unter der angegebenen Firma im Handelsregister einzutragen.

Das Registergericht lehnte die Eintragung ab. Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde von dem Landgerichte zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das oberste Landesgericht München den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Die Firma eines Kaufmanns ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgibt (§ 17 HGB.). Ein Kaufmann kann zwar mehrere Handelsgewerbe unter verschiedenen Firmen betreiben, die Betreibung ein und desselben Handelsgewerbes unter verschiedenen Firmen ist dagegen begrifflich ausgeschlossen. Da eine Zweigniederlassung, wenn sie auch gegenüber der Hauptniederlassung eine gewisse Selbständigkeit besitzt, doch nicht ein selbständiges Handelsgewerbe darstellt, sondern nur einen Teil des wirtschaftlich und rechtlich einheitlichen Hauptunternehmens bildet, so kann die Zweigniederlassung einen besonderen, von der Firma der Hauptniederlassung wesentlich abweichenden Namen nicht führen. Allerdings ist es angängig und unter Umständen (§ 30 Abs. 3 HGB.) sogar notwendig, daß die Firma der Zweigniederlassung von der Firma der Hauptniederlassung durch einen Zusatz sich unterscheidet; durch diesen Zusatz darf aber die Firma der

Hauptniederlassung nicht derart umgestaltet werden, daß der Zusammenhang beider Firmen nicht mehr erkennbar ist. Eine solche Umgestaltung würde ebenso dem das Firmenrecht beherrschenden Gebote der Firmenwahrheit als dem Interesse der Verkehrssicherheit widersprechen (vgl. RJA. 11, 22).

Im vorliegenden Falle enthält die angemeldete Firma zwar ebenso wie jene der Hauptniederlassung die Namen der beiden Gesellschafter N. und H., aber während bei der Firma der Hauptniederlassung diese Namen an der Spitze stehen und den wesentlichen Inhalt der Firmenbezeichnung bilden, ist bei der Zweigniederlassung die Bezeichnung „Muschelkalksteinwerke" vorangestellt. und der Zusatz vorm. Otto M. Nachf. dagegen weggelassen. Die weitere Beschwerde hält diese Verschiedenheiten für bedeutungslos; denn beide Firmen hätten den wesentlichen Bestandteil „N. & H."; der bei der Hauptniederlassung gemachte, auf eine ältere Berliner Firma verweisende Zusatz „vorm. Otto M. Nachf." sei in W. überflüssig und deshalb durch einen Hinweis auf den Betriebszweig ersetzt, dem die Zweigniederlassung vorwiegend dienen soll. Allein dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es ist nicht nur die Firma der Hauptniederlassung eine reine Personenfirma, während die der Zweigniederlassung auch dem Gegenstande des Unternehmens entlehnt ist, sondern gerade dieser Hinweis auf den Gegenstand des Unternehmens muß oder kann doch den Anschein erwecken, als ob der Gegenstand des Unternehmens bei beiden Firmen verschieden sei. Die geschilderte Verschiedenheit beider Firmen läßt den Zusammenhang beider Niederlassungen nicht mehr erkennen. Es ist nicht ausgeschlossen, daß beide Firmen zwei ganz verschiedene, wenn auch vielleicht durch dieselben Inhaber betriebene Handelsgewerbe darstellen.

Auf die bestrittene Frage, ob bei der Zweigniederlassung nur Zusätze zulässig sind, welche die Niederlassung als Zweigniederlassung kennzeichnen oder ob auch noch andere Zusätze gebraucht werden können, braucht hier nicht näher eingegangen zu werden; denn im vorliegendeu Falle bildet die Bezeichnung „Muschelkalksteinwerke" nicht einen Zusatz, sondern einen Hauptbestandteil der Firmenbezeichnung, durch dessen Gebrauch das ganze Bild der Firma wesentlich verändert wird.

Bar einzuzahlender Betrag bei gemischten Stammeinlagen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

§ 7 Abs. 2 GmbHG.

Kammergericht Berlin, 20. September 1912. — Bd. 12 S. 129.

Der Monteur Z. und Frau K. schlossen im Februar 1912 einen notariellen Vertrag, in dem sie die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Zwecke des Betriebs eines elektrotechnischen Geschäfts unter der Firma „Elektra Gesellschaft mit beschränkter Haftung" beschlossen. Das Stammkapital betrug 20 000 M. Z. hatte eine Stammeinlage von 8000 M. in bar zu leisten, während Frau K. eine Stammeinlage von 12 000 M., und zwar 8000 M. in Geld und 4000 M. durch Einbringung eines ihr gehörenden elektrotechnischen Geschäfts übernahm. Der Geschäftsführer der Gesellschaft meldete am 7. Februar 1912 die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an und versicherte dabei, daß auf die Stammeinlage des Z. ein Viertel bar eingezahlt sei und daß dieser eingezahlte Betrag, sowie die von

Frau R. gemachte Sacheinlage sich in seiner freien Verfügung befänden. Das Registergericht beanstandete die Anmeldung, weil nicht auch von dem in bar zu leistenden Teil der Stammeinlage der Frau R. ein Viertel eingezahlt sei.

Die hiergegen erhobene Beschwerde wurde vom Landgerichte zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt. In den Gründen ist ausgeführt:

Die Stammeinlagen der Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind entweder reine Geldeinlagen oder reine Sacheinlagen oder sogenannte gemischte, d. h. aus Sach- und Geldeinlagen bestehende Stammeinlagen. Bei den reinen Geldeinlagen muß vor der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister ein Viertel des Barbetrags, mindestens aber der Betrag von 250 M. nach § 7 Abs. 2 GmbHG., eingezahlt sein. Auch bei den gemischten Einlagen muß auf den bar zu zahlenden Teil ein Viertel eingezahlt sein, ehe die Anmeldung der Gesellschaft erfolgen kann. Es ist nicht angängig, das Viertel nach dem Nennbetrage der ganzen — gemischten — Stammeinlage zu berechnen, und darauf die Sacheinlagen mit ihrem im Gesellschaftsvertrag ausgeworfenen Werte anzurechnen. Würde man der letzteren Berechnungsart folgen, so würde in Fällen, wie dem vorliegenden, wo der Wert der Sacheinlagen den vierten Teil der Stammeinlage erreicht oder übersteigt, auf die gemischte Einlage vor der Anmeldung irgendeine Barzahlung nicht zu leisten sein. Ein solcher Rechtszustand würde zu einer erheblichen Gefährdung der Verkehrsfreiheit und zu einem Widerspruche gegen die Grundlagen des Gesetzes, betr. die Gesellschaften mbH. führen, und kann daher nicht gebilligt werden.

Der Zweck der Vorschrift des § 7 Abs. 2 in Verbindung mit § 8 Abs. 2 besteht im wesentlichen darin, die in der Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ins Leben tretenden Unternehmungen auf eine einigermaßen solide und sichere materielle Grundlage zu stellen und die Gründung unlauterer oder mit ungenügenden Mitteln ausgestatteter Geschäftsbetriebe zu verhindern. Dieser Zweck würde aber vereitelt, oder doch erheblich gefährdet werden, wenn bei gemischten Einlagen jede Barzahlung durch Einbringung beliebiger, vielleicht viel zu hoch bewerteter Sachen ausgeschlossen werden könnte. In der Begründung zum Entwurfe des Gesetzes, betr. die Gesellschaften mbH. heißt es in dieser Hinsicht:

„Um zu verhüten, daß die Gesellschaften ohne jedes greifbare Vermögen ins Leben treten, und um eine gewisse Garantie für die Ernstlichkeit der Beteiligungen zu verschaffen, ist auch bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine wenigstens teilweise Einzahlung des Stammkapitals vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu verlangen." . . .

Auch der Wortlaut des Gesetzes steht der hier vertretenen Rechtsauffassung nicht entgegen. Der § 7 Abs. 2 GmbHG. bestimmt, daß die Anmeldung nur erfolgen darf, nachdem von jeder Stammeinlage, soweit nicht andere, als in Geld zu leistende Einlagen auf das Stammkapital gemacht sind, ein Viertel, mindestens aber der Betrag von 250 M. eingezahlt ist.

Da die Vorschrift von „jeder" Stammeinlage spricht, sind darunter auch die gemischten Einlagen zu verstehen. Der mit „soweit" eingeleitete Nebensatz nimmt von dem Grundsatze der Viertelsdeckung die gemischten Einlagen nur insoweit aus, als sie Sacheinlagen sind. Es unterliegen deshalb der Vorschrift

des Hauptsatzes, wonach ein Viertel einzuzahlen ist, die gemischten Einlagen insoweit, als sie Geldeinlagen sind.

Auch das Reichsgericht hat in dem in einer Strafsache ergangenen Urteile vom 4. Juli 1907 (DJZt. 1907 S. 1324; Recht 1907 S. 1084 Nr. 2663) ausgesprochen, daß das Gesetz vor der Anmeldung unter Ausscheidung der Sacheinlage die Einzahlung von einem Viertel der ganzen in Geld zu leistenden Einlage oder, falls dieses Viertel rechnerisch kleiner wäre, die Einzahlung von 250 M. verlange. Das Reichsgericht bezeichnet dabei die Berechnung, die davon ausginge, daß sich die vorschußweise Einlagepflicht des Gesellschafters aus § 7 Abs. 2 alles in allem — Geld und Sacheinlage zusammengerechnet — bei einem Viertel des Gesamtnennbetrags der Stammeinlage erschöpft habe und daß hierauf der volle Wert der Sacheinlage angerechnet werden dürfe, als willkürlich. Es hat damit die in einer gelegentlichen, für die damalige Entscheidung aber belanglosen Bemerkung eines Urteils des Reichsgerichts vom 3. Mai 1901 (Goltd. Arch. 48, 304) gemachte Andeutung, daß bei gemischten Einlagen das vom Nennbetrage zu berechnende bar zu zahlende Viertel um den Wert der Sacheinlage gemindert werden könne, als unrichtig bezeichnet. Auch Staub-Hachenburg vertritt in seinem Kommentare zum GmbHG. (3) 120 Anm. 17 die Auffassung, daß der vierte Teil des bar zu zahlenden Teils einer gemischten Stammeinlage sofort bei der Gründung durch Barzahlung gedeckt werden müsse und bezeichnet mit Recht die sonst in der Literatur, z. B. von Parisius-Crüger, GmbHG. (5) 120 und Esser, GmbHG. (4) 32 vertretene gegenteilige Rechtsansicht für irrig.

Das Registergericht hat daher die Anmeldung mit Recht beanstandet.

Nichtigkeit des Beschlusses der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft über eine Satzungsänderung, wenn der Satzung zuwider bei der Beschlußfassung nicht zwei Dritteile des Grundkapitals vertreten gewesen sind.

§ 271, 274 HGB.

Kammergericht Berlin, 27. September 1912. — Bd. 12 S. 134.

In der außerordentlichen Generalversammlung der Maschinenbauanstalt, Eisengießerei und Dampfkesselfabrik Aktiengesellschaft vom 27. Juni 1912 wurden mehrere Aenderungen des Statuts beschlossen. Das Registergericht lehnte die Eintragung der Beschlüsse mit folgender Begründung ab: Nach dem § 17 des Gesellschaftsvertrags vom 31. März 1889, dessen Abänderung durch den bisher nicht eingetragenen Gesellschaftsvertrag vom 16. Dezember 1899 rechtsunwirksam sei, könne über Aenderungen des Statuts nur entschieden werden, wenn mindestens zwei Dritteile des Aktienkapitals in der Generalversammlung vertreten seien. In der Versammlung seien jedoch nicht zwei Dritteile des Grundkapitals vertreten gewesen; die gefaßten Beschlüsse seien daher nichtig.

Die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde von dem Landgerichte zurückgewiesen. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

Das Kammergericht führt zunächst aus, daß der § 17 des Gesellschaftsvertrags vom 31. März 1889 noch maßgebend sei, und fährt dann fort:

Gilt aber noch der § 17 des Statuts vom 31. März 1889, so ist die Annahme der Vorinstanz, daß die Generalversammlungsbeschlüsse vom 27. Juni

1912 nichtig seien, nicht zu beanstanden. Denn da hiernach zur Gültigkeit von Statutenänderungen mindestens zwei Dritteile des Aktienkapitals in der Generalversammlung vertreten sein müssen, so ist eine Generalversammlung, in der, wie in der hier in Rede stehenden, ein geringeres Aktienkapital vertreten war, zur Beschlußfassung überhaupt nicht zuständig. Die Rechtslage ist nicht anders, als wenn im Statute bestimmt wäre, daß bei der Beschlußfassung eine bestimmte Anzahl von Aktionären, oder gar alle Aktionäre anwesend sein müßten. Das Statut erkennt in allen diesen Fällen die Versammlungen als Generalversammlungen im gesetzlichen Sinne nur an, wenn sie in ganz bestimmter Weise zusammengesetzt sind, sei es, daß als Maßstab der Zusammensetzung das Grundkapital oder die Aktionäre in einem bestimmten Summen- oder Personenverhältnisse bezeichnet ist. Versammlungen, die diesen statutarischen Erfordernissen nicht genügen, können und dürfen keine Beschlüsse fassen. Tun sie es dennoch, so sind ihre Beschlüsse unheilbar nichtig. Jeder Aktionär hat ein unentziehbares Recht darauf, daß Generalversammlungsbeschlüsse ohne die statutarischen Erfordernisse nicht gefaßt werden. Deshalb könnte z. B. im vorliegenden Falle ein Aktionär, der etwa mehr als ein Drittel des Grundkapitals an Aktienbesitz in seiner Hand vereinigte, lediglich durch sein Fernbleiben von der Versammlung eine wirksame Beschlußfassung vereiteln. Hat daher vorliegend die Generalversammlung, in der weniger als zwei Drittel des Aktienkapitals vertreten waren, am 27. Juni 1912 Statutenänderungsbeschlüsse gefaßt, so liegen nur dem äußeren Scheine nach Beschlüsse vor; in Wirklichkeit aber sind gar keine Beschlüsse vorhanden.

Das Reichsgericht (RG. 76, 170) hat die vorentwickelten Rechtsgrundsätze bisher allerdings nur in dem Falle ausgesprochen, in dem nach dem Statut einer Genossenschaft zu gewissen Satzungsänderungen alle Genossen zustimmen müssen. Bei solcher Sachlage hält es in Uebereinstimmung mit dem Kammergericht (RJA. 10, 259) alle Beschlüsse der Genossenversammlungen für unheilbar nichtig, bei denen nicht sämtliche Genossen zugegen gewesen sind und ihre Zustimmung erklärt haben. Dasselbe muß aber auch für Fälle der vorliegenden Art gelten. Denn ausschlaggebend ist, daß auch hier die Versammlungen nur dann Beschlüsse rechtswirksam fassen können, wenn sie in bestimmter Weise zusammengesetzt sind und einen bestimmten Mindestbetrag des Grundkapitals in sich vereinigen.

Ganz anders liegen die Fälle, in denen das Reichsgericht (RG. 60, 413 und 75, 239) Generalversammlungsbeschlüsse, die nicht mit der gesetz- oder statutenmäßigen Mehrheit zustande gekommen sind, nur für anfechtbar, nicht aber für nichtig erklärt hat. Denn damals waren die Generalversammlungen an sich für die Beschlußfassung durchaus zuständig und dem Gesetz und den Statuten entsprechend zusammengesetzt und es war lediglich vorgeschrieben, daß im Schoße dieser — an sich zuständigen — Versammlungen eine Mehrheit sich bildete, die in dem einen Falle drei Vierteile der in der Generalversammlung erschienenen Genossen — nicht etwa der Genossen überhaupt — und in dem andern Falle drei Vierteile des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals — nicht etwa, wie im vorliegenden Falle, des Grundkapitals überhaupt — betrug. Das Kammergericht (RJA. 9, 34) war früher noch weiter gegangen und hatte auch in Fällen der letztgedachten Art Nichtigkeit und nicht bloß Anfechtbarkeit angenommen. Dem ist aber der beschließende

Senat bereits in dem Beschlusse vom 18. November 1910 entgegengetreten, und hält seitdem in ständiger Rechtsprechung an den vom Reichsgericht in den erwähnten Entscheidungen entwickelten Rechtsgrundsätzen fest.

Sind aber hiernach die Generalversammlungsbeschlüsse vom 27. Juni 1912 nichtig, so ist die Anmeldung der Gesellschaft mit Recht abgelehnt worden.

Formungültigkeit einer notariellen Urkunde, wenn bei der Beurkundung der Dolmetscher zugleich als Schreibzeuge zugezogen worden ist.

§§ 177, 179 FGG.

Kammergericht Berlin, 17. Mai 1912. — Bd. 12 S. 141.

Die Eheleute B. erklärten am 29. Februar 1912 vor dem Notar K. zu Protokoll, daß in ihrer Ehe statt der allgemeinen Gütergemeinschaft, in der sie bisher gelebt hätten, fortan das Güterrecht der Gütertrennung bestehen und der Mann von der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes der Frau ausgeschlossen sein solle, daß auch von ihnen die Eintragung des Ehevertrags in das Güterrechtsregister beantragt werde. Da die Ehefrau nur der polnischen Sprache mächtig war und wegen Schreibensunkunde nicht schreiben konnte, zog der Notar den vereidigten Dolmetscher der polnischen Sprache v. D. zu, der gleichzeitig als Schreibzeuge mitwirkte.

Das Amtsgericht lehnte den Antrag auf Eintragung der Aenderung des Güterstandes unter Billigung des Landgerichts ab. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Nach § 1560 BGB. soll eine Eintragung in das Güterrechtsregister nur auf Antrag erfolgen, und zwar ist der Antrag in öffentlich beglaubigter Form zu stellen. Soweit es sich um die Eintragung eines Ehevertrags handelt, muß nach § 1561 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 BGB. der Antrag entweder von beiden Eheleuten gemeinschaftlich gestellt werden oder es muß mit dem Antrage, sofern er nur von einem der Ehegeatten gestellt wird, der Ehevertrag vorgelegt werden. Für den Ehevertrag schreibt der § 1434 BGB. gerichtliche oder notarielle Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor. Hiernach durfte das Amtsgericht im vorliegenden Falle die Eintragung in das Güterrechtsregister nur vornehmen, wenn entweder beide Ehegatten in öffentlich beglaubigter Form den Antrag stellten oder wenigstens der Antrag von einem der Ehegatten in dieser Form unter Vorlegung des formgerechten Ehevertrags angebracht wurde. An sich ist in der notariellen Verhandlung vom 29. Februar 1912 der Eintragungsantrag beider Eheleute enthalten. Die Wirksamkeit des Antrags ist aber, da die Beteiligten statt der öffentlichen Beglaubigung zulässigerweise die Form der notariellen Beurkundung gewählt haben (§ 129 Abs. 2 BGB.), davon abhängig, daß die Beurkundung des Antrags in gesetzmäßiger Weise erfolgt ist, insbesondere die Vorschriften über die Zuziehung des Dolmetschers und des Schreibzeugen befolgt sind. Ebenfalls auf die Formrichtigkeit der notariellen Verhandlung kommt es an, wenn man davon ausgeht, daß wenigstens der Eintragungsantrag des Ehemanns ordnungsmäßig beurkundet worden ist. Denn mit dem Antrage des Ehemannes mußte, wenn er von diesem allein gestellt wurde, der Ehevertrag vorgelegt werden, und diesen durfte das Amts-

gericht nur berücksichtigen, wenn er hinsichtlich beider Vertragsteile ordnungsmäßig beurkundet worden ist. — — —

Wie der § 169 FGG. ergibt, liegt dem Richter und Notar bei Beurkundung der Erklärung von Personen, die mit gewissen Gebrechen behaftet sind, die Pflicht ob einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen beziehungsweise einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuzuziehen. Diese Vorschrift lehnt sich, wie aus der Denkschrift FGG. S. 86 hervorgeht, an den für die Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Testamente maßgebenden § 2233 BGB. an, nach welchem zur Errichtung des Testaments der Richter einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen, der Notar einen zweiten Notar oder zwei Zeugen zuziehen muß. Die Zeugen sind, wie die Gleichbewertung ihrer Tätigkeit mit derjenigen des Gerichtsschreibers oder des zweiten Notars erkennen läßt, dazu bestimmt, die genannten Beamten in ihrer Stellung als Urkundspersonen zu ersetzen (Mot. zBGB. 5, 262 ff.) Sie sind also gleichfalls Urkundspersonen und nicht etwa Gehilfen derjenigen Personen, deren Erklärung beurkundet wird. Die gleiche Stellung wie die gewöhnlichen Instrumentszeugen nimmt der nach § 177 Abs. 2 zuzuziehende Schreibzeuge ein, nur mit der Beschränkung, daß er nicht an der ganzen Verhandlung teilzunehmen braucht, sondern seine Mitwirkung bei der Vorlesung und Genehmigung des Protokolls genügt. Daß aber auch er als Urkundsperson gedacht ist und seine Zuziehung zur Beschaffung einer erhöhten Gewähr für die Richtigkeit der Beurkundung dienen soll, folgt schon daraus, daß er im Gesetz ebenso wie die Instrumentszeugen schlechthin als Zeuge bezeichnet wird. Demgemäß bemerkt auch die Denkschrift zum FGG. S. 89, es sei selbstverständlich, daß auf den Schreibzeugen die nach den §§ 166 ff. des Entwurfs (§§ 170 ff. FGG.) für einen Zeugen geltenden Vorschriften gleichmäßig Anwendung zu finden hätten. Ihren gesetzgeberischen Grund hat hiernach die Zuziehung sowohl des Gerichtsschreibers oder zweiten Notars wie der Zeugen überhaupt und des Schreibzeugen im besonderen darin, daß durch die Vermehrung der Urkundsperson eine erhöhte Gewähr für die Richtigkeit der Beurkundung erreicht werden soll. Die Zeugen gehören in den gesetzlich bestimmten Fällen zu dem Urkundspersonale, gleichviel ob ein Dolmetscher zugezogen wird oder nicht.

Wesentlich verschieden von der Stellung der Zeugen ist diejenige, die der Gesetzgeber dem Dolmetscher zugewiesen hat. Dieser ist, wie in den MotzBGB. 5, 278 besonders hervorgehoben wird, das Organ, durch welches der Verfügende zu den übrigen mitwirkenden Personen redet: Dasjenige, was er als den Willen des Verfügenden mitteilt, wird so angesehen, als sei es von dem Verfügenden in deutscher Sprache erklärt worden. Der Dolmetscher ist also nicht Urkundsperson, vielmehr steht er als Hilfsorgan des Erklärenden den Urkundspersonen gegenüber, die für die richtige Beurkundung des vom Dolmetscher und den sonstigen Beteiligten in deutscher Sprache ihnen Erklärten zu sorgen haben. Aus dieser Stellung des Dolmetschers folgt, daß er nicht gleichzeitig Urkundsperson, also auch nicht Schreibzeuge sein kann. Denn es erscheint mit dem Zwecke der erörterten Bestimmungen unvereinbar, daß ebendieselbe Person in der nämlichen Verhandlung als Hilfsorgan eines Beteiligten dessen Erklärung abgibt und gleichzeitig als Urkundsperson mitwirkt. Allerdings ist im § 170 FGG. der Dolmetscher als eine Person, die von der Mitwirkung als Richter, Notar, Gerichtsschreiber oder Zeuge bei der Beurkundung ausge-

schlossen ist, nicht erwähnt. Seine Beziehungen zu dem der deutschen Sprache nicht mächtigen Beteiligten sind aber bei dem Beurkundungsvorgange so eng, daß er wie der Beteiligte selbst von der Mitwirkung als ausgeschlossen gelten muß (§ 170 Nr. 1). Die gleiche Ansicht hat das Kammergericht bereits in dem Beschlusse vom 11. Februar 1901 (RJA. 2, 59) vertreten, in welchem es für die Testamentserrichtung ausgesprochen hat, daß der bei der Errichtung mitwirkende Gerichtsschreiber nicht gleichzeitig die Tätigkeit als Dolmetscher übernehmen dürfe. Ebenso hat der preußische Justizminister im Einverständnisse mit dem Staatssekretär des Reichsjustizamts durch Verfügung vom 14. März 1900 (PrJMBl. S. 80) die Gerichte darauf hingewiesen, daß bei der Errichtung von Testamenten und Erbverträgen seitens fremdsprachiger Personen neben dem Dolmetscher noch ein Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen zuzuziehen sein dürften. Da einerseits die Stellung des Dolmetschers bei der Errichtung von letztwilligen Verfügungen die gleiche ist wie bei sonstigen Beurkundungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit und da andererseits die Instrumentszeugen und der Schreibzeuge in gleicher Weise wie der Gerichtsschreiber als Urkundspersonen anzusehen sind, so steht die Ansicht, daß der Dolmetscher nicht gleichzeitig Schreibzeuge sein dürfe, mit der Verfügung des Justizministers und jener älteren Entscheidung des Kammergerichts in vollem Einklange.

Sowohl die Vorschrift des § 177 Abs. 2 über die Zuziehung des Schreibzeugen wie die des § 179 über die Zuziehung des Dolmetschers enthält, wie der Gebrauch des Wortes „muß" in der Anordnung zum Ausdrucke bringt, zwingendes Recht. Die unter Verletzung dieser Vorschriften vorgenommene Beurkundung entbehrt der Wirkungen, die das Gesetz den in gerichtlicher oder notarieller Form errichteten Urkunden beilegt. Da ein Ehevertrag nach § 1434 BGB. nur in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden kann und diese Form bei Aufnahme der Verhandlung vom 29. Februar 1912 nicht gewahrt worden ist, so ist der von den Eheleuten B. geschlossene Ehevertrag nach § 125 BGB. nichtig.

Ebenso entbehrt der in der Verhandlung enthaltene Eintragungsantrag der Ehefrau der gesetzlichen Form, da die Voraussetzungen notarieller Beurkundung nicht erfüllt sind, mithin die vorliegende Beurkundung auch nicht geeignet ist, das Formerfordernis der öffentlichen Beglaubigung im Sinne des § 129 Abs. 2 BGB. zu ersetzen.

Unzulässigkeit der Eintragung einer Abtretung rückständiger Hypothekenzinsen sowie einer Rangänderung in Ansehung solcher Hypothekenzinsen.

§§ 902, 1145, 1159, 1160, 1178 BGB.; §§ 830, 837 ZPO.

Kammergericht Berlin, 10. April 1912. — Bd. 12, S. 145.

Im Grundbuche von M. Band XII Blatt 377 ist in Abteilung III Nr. 8 eine Briefhypothek von 129 000 M. für Frau Helene F. eingetragen. Die Gläubigerin hat in einer notariell beglaubigten Urkunde vom 16. Januar 1912 die Hypothekenzinsen für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1911 an die Aktiengesellschaft Schloßbrauerei in Sch. abgetreten und die Umschreibung bewilligt und beantragt und zwar mit dem Vorrechte für das Kapital und die Zinsen seit dem 1. Januar 1912. Das Grundbuchamt hat den Antrag unter Billigung des Landgerichts mit der Begründung ab-

gelehnt, daß rückständige Hypothekenzinsen nicht Gegenstand einer Eintragung sein könnten. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Gegenstand der am 16. Januar 1912 erfolgten Abtretung bilden die Zinsen der Hypothek für die Zeit vom 1. Oktober bis zum 31. Dezember 1911. Diese Zinsen haben zur Zeit der Abtretung die Natur von rückständigen Zinsen gehabt. Es ist daher die Frage zu entscheiden, ob die Abtretung von Zinsrückständen und eine hinsichtlich ihrer vereinbarte Rangänderung eintragungsfähig ist.

Das Kammergericht führt zunächst aus, daß es unter der Herrschaft der preußischen Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 den Standpunkt vertreten habe, das Grundbuch sei seinem Zwecke nach nicht dazu bestimmt, über die einzelnen rückständigen Zinsbeträge Auskunft zu geben. Es fährt dann fort:

Auf dem gleichen Standpunkte steht auch das Bürgerliche Gesetzbuch.

Die Motive (3, 713) sagen zur Begründung des — dem § 1159 BGB. entsprechenden — § 1090 hinter I: „Bei verzinslichen Forderungen muß zwischen dem Rechte auf Verzinsung des Kapitals im allgemeinen und dem Rechte auf rückständige Zinsen unterschieden werden. Das erstere steht zu der Hauptforderung in dem Verhältnis eines Nebenrechts, welches ganz das rechtliche Schicksal derselben teilt und folglich, wenn die Forderung übertragen wird, auf den neuen Gläubiger ohne weiteres übergeht. Anders dagegen verhält es sich mit den rückständigen Zinsen. Das Recht auf die einzelne Zinsrate löst sich mit deren Fälligkeit von dem Rechte auf das Kapital, so daß es für den Gläubiger einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung bildet. . . Dagegen gibt das Grundbuch über die einzelnen Raten, in welchen die Zinsen zu entrichten sind, keine Auskunft." Zu § 1091 Abs. 4 Entw. I — dem jetzigen § 1178 Abs. 2 BGB. — bemerken die Motive 3, 720, Ziff. II: „Da das Grundbuch über die in dem § 1090 bezeichneten Zinsen- und Kostenforderungen nicht geführt wird, so kann die Aufhebung derselben von einer Löschung in dem Buche nicht abhängig gemacht werden. Es muß vielmehr der auf die Aufhebung gerichtete Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Eigentümer genügen." In der zweiten Kommission wurde der § 1090 Entw. I sachlich nicht beanstandet (Protokolle 3, 594 Ziff. III). Abgelehnt wurde ein von der Redaktionskommission veranlaßter Antrag, den § 1090 auch auf die Uebertragung künftig fällig werdender Zinsen auszudehnen. Bei der Begründung dieses Antrags ist u. a. bemerkt: „Der § 1090 bestimme, daß die Uebertragung der Forderung wegen rückständiger Hypothekenzinsen sich nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften bestimme, daß also nicht die Eintragung bezw. nicht die schriftliche Zession und die Aushändigung des Hypothekenbriefes erforderlich sei" (Protokolle 4, 604). Abgesehen von dieser letzten, nicht von der Kommission selbst, sondern nur zur Begründung eines abgelehnten Antrags gemachten Bemerkung, die die Eintragung der Abtretung rückständiger Zinsen nur für entbehrlich, nicht aber für unzulässig zu halten scheint, ist demnach der von der ersten und zweiten Kommission vertretene Standpunkt der gewesen, daß das Grundbuch nicht dazu bestimmt ist, über

die einzelnen rückständigen Zinsbeträge Auskunft zu geben. Dieser Standpunkt ist auch im Gesetze selbst zum Ausdrucke gelangt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält eine Reihe von Vorschriften, die sich mit den rückständigen Hypothekenzinsen befassen; es sind dies § 902 Abs. 1 Satz 2, § 1145 Abs. 2, § 1159, § 1160 Abs. 3 und § 1178. Dazu treten noch der § 830 Abs. 3 und der § 837 Abs. 2 ZPO. Mit der Abtretung von Zinsrückständen beschäftigt sich von diesen Bestimmungen nur der § 1159 Abs. 1 Satz 1 BGB. Er lautet: „Soweit die Forderung auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen gerichtet ist, bestimmt sich die Uebertragung sowie das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger nach den für die Uebertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften." Hiernach gelten für die Uebertragung von rückständigen Zinsen nicht die §§ 873, 1154 BGB., sondern die §§ 398 ff. BGB. Zur Uebertragung ist also nicht, wie sonst bei Buchhypotheken, Einigung und Eintragung und auch nicht, wie sonst bei Briefhypotheken, schriftliche Abtretungserklärung und Uebergabe des Hypothekenbriefs notwendig, sondern ein mündlicher Uebertragungsvertrag ausreichend. Hieraus allein kann jedoch die Unzulässigkeit der Eintragung der Abtretung von Zinsrückständen nicht hergeleitet werden. Denn das Gesetz kennt eine große Anzahl von Fällen, in denen ein Rechtsübergang sich außerhalb des Grundbuchs vollzieht und doch die nachträgliche Eintragung zwecks Berichtigung des Grundbuchs zulässig ist. Ein Beispielsfall, der zu dem hier vorliegenden Falle besonders nahe Beziehungen hat, bildet die Abtretung einer Briefhypothek. Obwohl sie außerhalb des Grundbuchs durch schriftliche Abtretungserklärung und Briefübergabe vor sich geht (§ 1154 Abs. 1 BGB.), ist die Eintragung im Grundbuche zulässig (s. § 1154 Abs. 2). Ebensowenig wie aus dem § 1159 Abs. 1 läßt sich die Unzulässigkeit der fraglichen Eintragung mit der Behauptung begründen, daß das Grundstück für die Zinsbeträge nicht mehr dinglich hafte, sobald diese fällig und damit rückständig geworden wären. Eine solche Behauptung würde dem Gesetze widersprechen. Allerdings sagen die Motive an der oben wiedergegebenen Stelle (3, 713), daß das Recht auf die einzelne Zinsrate sich mit deren Fälligkeit vom Kapitale loslöse. Mit dieser Bemerkung soll aber nur die Ansicht, daß der Zinsrückstand einen von der Hauptforderung unabhängigen Gegenstand der Verfügung bilde, gerechtfertigt, also nur das rechtliche Verhältnis zwischen der Hauptforderung und der Zinsforderung erklärt, nicht aber zum Ausdrucke gebracht werden, daß durch das Fälligwerden des einzelnen Zinsbetrags dessen rechtliche Beziehung zu dem Grundstücke gelöst würde. Eine solche Auffassung würde auch unmittelbar dem Gesetze zuwiderlaufen. Denn wenn § 1178 Abs. 1 Satz 1 BGB. sagt: „Die Hypothek für Rückstände an Zinsen . . . . erlischt, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt", so folgt daraus ohne weiteres, daß bis zur Vereinigung mit dem Eigentume die Zinsrückstände dinglich gesichert sind; vgl. auch § 10 Nr. 4, 7, 8 ZVG., wonach die Zinsrückstände ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke gewähren. Die Abtretung von Zinsrückständen betrifft also ein dingliches Recht. Die Grundlage für die Eintragung einer solchen Abtretung wäre daher gegeben. Trotzdem ist die Eintragung unzulässig. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Das Grundstück, das mit einer Hypothek belastet wird, haftet nicht nur für die Hauptforderung, sondern auch für die Zinsen der Forderung. Dies bringt das Gesetz dadurch zum Ausdrucke, daß es im § 1115 Abs. 1 BGB. im Falle der Verzinslichkeit der Forderung die Eintraguug des Zinssatzes vorschreibt und im § 1118 BGB. bestimmt, daß kraft der Hypothek das Grundstück auch für die gesetzlichen Zinsen der Forderung haftet. Diese Haftung bleibt auch dann, wenn die Zinsen rückständig geworden sind, bestehen, bis entweder die Hypothek für die Hauptforderung aufgehoben und gelöscht ist — dies folgt aus dem Grundsatze der Abhängigkeit der Zinsforderung von der Hauptforderung (s. KGJ. 42 A, 8268) — oder bis die Hypothek für die Rückstände sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigt, also namentlich von dem Eigentümer bezahlt wird (§ 1178 Abs. 1 BGB.), oder durch Verzicht des Gläubigers erlischt (§ 1178 Abs. 2 BGB.). Besteht hiernach zwar das dingliche Recht für die rückständigen Zinsen ebenso weiter, wie es für die künftigen Zinsen, d. h. für das Zinsrecht als solches (RGZ. 74, 80; KGJ. 40 A, 143) von vornherein bestanden hat, so folgt daraus doch keineswegs, daß die Rechtslage für die rückständigen Zinsen auch in allen sonstigen Beziehungen die gleiche ist wie die Rechtslage für das Zinsrecht als solches. Vielmehr werden durch die für die rückständigen Zinsen gegebenen, oben angeführten Sonderbestimmungen eine Reihe von Abweichungen geschaffen. Nach § 902 Abs. 1 Satz 2 BGB. gilt der Grundsatz der Unverjährbarkeit von Ansprüchen aus eingetragenen Rechten nicht für die Ansprüche, die auf rückständige Zinsen gerichtet sind. Nach § 1145 Abs. 2 BGB. ist der Hypothekengläubiger, der von dem Grundstückseigentümer hinsichtlich rückständiger Zinsen befriedigt worden ist, nicht verpflichtet, die Befriedigung auf dem Briefe zu vermerken und den Brief zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs oder der Löschung dem Grundbuchamt oder zum Zwecke der Herstellung eines Teilhypothekenbriefs für den Eigentümer der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Notare vorzulegen. Nach § 1159 Abs. 1 Satz 1 BGB. erfolgt die Uebertragung der Forderung auf rückständige Zinsen nicht nach den Grundsätzen des Hypothekenrechts, sondern nach den Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse. Nach § 1159 Abs. 2 BGB. finden die Vorschriften des § 892 BGB. auf die in rückständigen Zinsen bestehenden Ansprüche keine Anwendung, d. h. der Eigentümer darf dem neuen Gläubiger, dem die Forderung auf rückständige Zinsen abgetreten ist, alle nach den §§ 404 bis 409 BGB. zulässigen Einwendungen, also nicht nur die hypothekenrechtlichen Einwendungen der §§ 1156, 1157 BGB. entgegenhalten, ohne daß der neue Gläubiger befugt wäre, sich auf den guten Glauben des Grundbuchs zu berufen. Nach § 1160 Abs. 3 BGB. kann der Geltendmachung der Hypothek für rückständige Zinsen auch im Falle der Nichtvorlegung des Hypothekenbriefs oder der im § 1155 BGB. bezeichneten Urkunden nicht widersprochen werden und ist eine dem Eigentümer gegenüber erfolgte Kündigung oder Mahnung auch dann wirksam, wenn der Gläubiger die erwähnten Urkunden nicht vorlegt. Nach § 1178 Abs. 1 BGB. erlischt die Hypothek für Rückstände von Zinsen, wenn sie sich mit dem Eigentümer in einer Person vereinigt, außer wenn einem Dritten ein Recht an dem Anspruch auf die Zinsen zusteht. Nach § 1178 Abs. 2 BGB. genügt zum Verzicht auf die Hypothek für Zinsrückstände die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer. Nach

§ 830 Abs. 3 ZPO. finden auf die Pfändung des Anspruchs auf rückständige Zinsen die Vorschriften des § 830 Abs. 1 daselbst keine Anwendung; es genügt also nach § 829 Abs. 1, 3 ZPO. die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner und es bedarf weder der Eintragung des Pfandrechts noch der Uebergabe des Hypothekenbriefs. Nach § 837 Abs. 2 ZPO. finden endlich auf die Ueberweisung des Anspruchs auf rückständige Zinsen die Vorschriften des § 837 Abs. 1 daselbst keine Anwendung; es ist also bei Buchhypotheken nicht die Eintragung der Ueberweisung an Zahlungsstatt in das Grundbuch erforderlich.

Allen diesen Vorschriften liegt ein einheitlicher Gedanke zugrunde. Dieser geht dahin, daß das Grundbuch zwar über das Zinsrecht im ganzen, nicht aber über die einzelnen Zinsbeträge von dem Augenblick ihrer Fälligkeit ab, d. h. über die einzelnen rückständigen Zinsbeträge Auskunft gibt und Auskunft zu geben bestimmt ist. Darum hindert der Umstand, daß die rückständigen Zinsen dinglich gesichert bleiben, nicht ihre Verjährung, darum richtet sich die Abtretung, Pfändung und Ueberweisung von Zinsrückständen und der Verzicht auf sie nicht nach grundbuchrechtlichen Grundsätzen, darum findet der § 892 BGB. auf sie keine Anwendung, darum können sie nicht Gegenstand der Eigentümerhypothek sein, und darum haben für sie der Hypothekenbrief und die Urkunden des § 1155 BGB. keine Bedeutung. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß jener Grundgedanke in gewissem Gegensatze zu dem oben entwickelten Rechtssatze der dinglichen Weiterhaftung des Grundstücks für die rückständigen Zinsen steht. Indessen hat der Gesetzgeber diesen Widerspruch offenbar mit Rücksicht auf die praktischen Erwägungen in Kauf genommen, die für die von ihm gewählte Regelung sprechen. Denn es würde die Gefahr einer erheblichen Ueberfüllung und Unübersichtlichkeit des Grundbuchs entstehen, wenn das Vorhandensein und die rechtlichen Schicksale jedes einzelnen Zinsrückstandes zum Gegenstand einer Eintragung gemacht werden dürften. Es könnte alsdann das Grundbuch dazu benutzt werden, bei jeder Hypothek oder Grundschuld die nicht rechtzeitige Bezahlung jedes fälligen Zinsbetrags, die Abtretung, Pfändung und Ueberweisung dieses Zinsbetrags und seine spätere Tilgung durch Bezahlung, Aufrechnung, Verzicht usw. oder seinen Uebergang auf den Eigentümer im Falle des § 1178 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu vermerken.

Unrichtig ist die Ansicht der Beschwerdeführerin, daß es sich bei den für die rückständigen Zinsen gegebenen Sonderbestimmungen um nachgiebiges, nicht um zwingendes Recht handele. Die Vorschriften des Sachenrechts enthalten, anders als die Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse, grundsätzlich zwingendes Recht. Eine Ausnahme ist nur da zuzulassen, wo aus der Fassung und dem Zwecke der einzelnen Vorschrift das Gegenteil erhellt. Dies ist z. B. für den § 1160 Abs. 2 BGB. vom Reichsgericht (RGZ. 57, 342) und vom Kammergericht (KGJ. 20 A, 107; OLGRsp. 10, 421) angenommen worden. Die Fassung der hier in Betracht kommenden Vorschriften aber gibt keinen Anhalt für das Vorliegen nachgiebigen Rechtes. Dies gilt auch für den von der Beschwerdeführerin für ihre Ansicht herangezogenen § 1178 Abs. 2. Denn wenn es dort heißt: „Zum Verzicht auf die Hypothek für die im Abs. 1 bezeichneten Leistungen genügt die Erklärung des Gläubigers gegenüber dem Eigentümer“, so sollte damit nur gegenüber dem § 1168

Abs. 2 BGB. zum Ausdrucke gebracht werden, daß die Erklärung des Gläubigers die alleinige Voraussetzung des wirksamen Verzichts ist, nicht aber Stellung zu der Frage genommen werden, ob die Eintragung des Verzichts nur entbehrlich oder unzulässig sei. Ebenso weist auch der Zweck jener Sonderbestimmungen auf deren zwingenden Charakter hin. Denn da der Gesetzgeber aus Gründen der Uebersichtlichkeit des Grundbuchs dieses den Verfügungen über Zinsrückständen verschlossen hat, so ist es selbstverständlich jedem Beteiligten verwehrt, diesen Zweck zu vereiteln.

Aus diesen Gründen ergibt sich mit Notwendigkeit die Auffassung, daß die Abtretung von rückständigen Zinsen nicht in das Grundbuch eingetragen werden darf. Eine solche Eintragung mag für den Erweber, namentlich mit Rücksicht auf eine etwaige Zwangsversteigerung, wünschenswert sein. Dieses Einzelinteresse muß aber hinter dem allgemeinen Interesse dienenden Bestreben des Gesetzgebers zurücktreten, das Grundbuch nach Möglichkeit vor Unübersichtlichkeit zu bewahren. Die Eintragungsfähigkeit der Abtretung eines Zinsrückstandes wird dann auch durchgehends verneint.

Aus den gleichen Erwägungen rechtfertigt sich auch die Annahme, daß der Rangrücktritt des Zinsrückstandes nicht eintragungsfähig ist. Hier ist überdies die Eintragung des Rangrücktritts nur in Verbindung mit der Eintragung der Abtretung beantragt und kommt daher schon deswegen nicht in Betracht, weil die Abtretung nicht eingetragen wird.

Zulässigkeit der Abtretung einer unter Bestimmung eines Höchstbetrags eingetragenen Hypothek durch den Gläubiger, auch wenn die Möglichkeit besteht, daß die Hypothek zum Teil Eigentümergrundschuld geworden ist. §§ 891, 1163, 1190 BGB.

Kammergericht Berlin, 30. April 1912. — Bd. 12 S. 154.

Im Grundbuche L. Band 6 Nr. 316 steht in Abteilung III unter Nr. 1 folgender Vermerk eingetragen: „Sicherungshypothek von 10 000 M. für Forderungen aus dem Geschäfts- und Wechselverkehr für die Aktiengesellschaft O. Bank zu B.". Die O. Bank zu B. befindet sich in Liquidation. Ihre Liquidatoren haben in einer notariell beglaubigten Urkunde vom 24. Januar 1912 erklärt:

„Aus dem vorerwähnten Geschäftsverkehr ist der Hypothekengläubigerin ein Guthaben in Höhe von 4982 M. 30 Pf. nebst 6 Proz. Zinsen seit dem 1. Januar 1911 entstanden. Wir treten das vorerwähnte Guthaben nebst Zinsen sowie die zur Sicherung dieses Guthabens bestellte Sicherungshypothek von 10 000 M. an die D. Bank ab und bewilligen und beantragen die Eintragung der Abtretung im Grundbuch auf den Namen der neuen Gläubigerin."

Das Grundbuchamt lehnte den Antrag unter Billigung des Landgerichts ab. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht Berlin unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Das Kammergericht führt zunächst aus, daß die in Frage stehende Hypothek als Höchstbetragshypothek anzusehen sei, und fährt dann fort:

Hätte, wie der Grundbuchrichter annimmt, tatsächlich eine Feststellung der Forderung durch Vertrag zwischen der Gläubigerin und dem Grundstückseigentümer stattgefunden, so würde die Hypothek zu dem durch Forderungen nicht belegten Betrag Eigentümergrundschuld geworden sein (RJA. 9, 64). Ob in diesem Falle die Abtretung der ganzen Hypothek zulässig ist, wie das Bayerische oberste Landesgericht annimmt (OLGRsp. 18, 204), oder ob die Gläubigerin nicht vielmehr nur den ihr zustehenden Teil der Hypothek abtreten dürfte, kann dahingestellt bleiben. Denn es steht im vorliegenden Falle keineswegs mit der für den Grundbuchverkehr notwendigen Sicherheit fest, daß eine vertragliche Feststellung der Forderung stattgefunden hat. Das Landgericht hat aus der Urkunde vom 24. Januar 1912 die Möglichkeit einer solchen Feststellung entnommen. Eine solche Möglichkeit rechtfertigt jedoch die Verfügung des Grundbuchrichters nicht. Allerdings hat das Kammergericht in dem Beschlusse vom 6. Juni 1904 (RJA. 4, 240) ausgesprochen, daß, sofern auch nur die Möglichkeit bestehe, daß eine Höchstbetragshypothek zum Teile Eigentümergrundschuld geworden sei, die Verfügungsberechtigung des diese in voller Höhe abtretenden Gläubigers nicht nachgewiesen sei. Diese Ansicht, die schon in dem Beschlusse vom 20. Juni 1907 (RJA. 9, 64) nicht übernommen worden ist, kann bei nochmaliger Prüfung nicht aufrecht erhalten werden. Wäre diese Ansicht richtig, so müßte sie nicht nur für die Höchstbetragshypothek, sondern auch für jede andere Hypothek gelten. Genügte aber bei jeder Verkehrshypothek und bei jeder gewöhnlichen Sicherungshypothek die bloße Möglichkeit, daß die Hypothek ganz oder zum Teile auf den Eigentümer übergegangen ist, so würde der Grundbuchverkehr für diese Hypotheken vollständig lahmgelegt werden. Denn nach § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB. ist es stets möglich, daß die Hypothek infolge Fehlens der Valutierung oder infoge nur teilweiser Valutierung ganz oder teilweise dem Eigentümer zusteht, und nach § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB. besteht immer die Möglichkeit, daß der Eigentümer durch Befriedigung des Gläubigers die Hypothek ganz oder teilweise erworben hat. Der Grundbuchrichter müßte also, wenn derartige Möglichkeiten genügten, um den besonderen Nachweis des Verfügungsrechts des Gläubigers erforderlich zu machen, in allen Fällen den Nachweis der Valutierung der Hypothek und den der Nichtbefriedigung des Gläubigers verlangen. Der Gläubiger könnte daher, da diese Nachweise ohne eine Erklärung des Eigentümers nicht erbracht werden können, über seine Hypothek stets nur mit Zustimmung des Eigentümers grundbuchrechtlich verfügen. Dies wäre ein Ergebnis, das dem § 891 Abs. 1 BGB. unmittelbar zuwiderliefe. Denn nach dieser Vorschrift, die auch für den Grundbuchverkehr gilt (KGJ. 26 A, 150; 29 A, 148; 35 A, 303; s. auch RG. in Gruch. Beitr. 51, 609 und in Warneyer Ergänzungsband 1912, 92), spricht eine gesetzliche, also den Grundbuchrichter bindende Vermutung dafür, daß demjenigen, für den im Grundbuch ein Recht eingetragen ist dieses Recht auch in Wirklichkeit zusteht. Von dieser Vermutung darf der Grundbuchrichter nur dann abweichen, wenn er Tatsachen kennt, die die Eintragung als unrichtig erscheinen lassen, während bloße Möglichkeiten und Vermutungen nicht genügen. Dies ist ein Grundsatz, den das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten hat (KGJ. 20 A, 183; 22 A, 198; 29 A, 145; 35 A, 303; 40 A, 199, 296). Dieser Grundsatz gilt auch für die Höchstbetragshypothek. Auch bei dieser muß daher der eingetragene

Gläubiger solange als der zu der Verfügung über die Hypothek Berechtigte angesehen werden, bis dem Grundbuchrichter eine gegen diese Annahme sprechende Tatsache, d. h. bis dem Grundbuchrichter bekannt geworden ist, daß eine Feststellung der Forderung durch Vertrag oder Urteil (RJA. 9, 64) stattgefunden hat und bei dieser dem Gläubiger nur ein Teilbetrag der Hypothek zugefallen ist.

Eine solche Tatsache liegt hier nicht vor.

Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen Grundstück auf Antrag des Eigentümers ohne Zustimmung der Gesamthypothekengläubiger.

§ 890 Abs. 2 BGB., § 19 GBO.

Kammergericht Berlin, 30. April 1912. — Bd. 12 S. 156.

Eigentümer der Grundstücke Band I Blatt Nr. 38, Nr. 192, Nr. 247 ist der Schneider K. Auf den Blättern dieser Grundstücke sind drei Gesamthypotheken von 12 000 M., 2000 M. und 3000 M. eingetragen. Der Eigentümer beantragte, dem Grundstücke Band I Blatt Nr. 38 die anderen drei Grundstücke nach Schließung der bisherigen Grundbuchblätter als Bestandteil zuzuschreiben.

Durch die Zwischenverfügung verlangte das Grundbuchamt die Beibringung der Zustimmungserklärungen der Hypothekengläubiger. Das Landgericht wies die hiergegen erhobene Beschwerde zurück. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Die Entscheidung hängt von der Frage ab, ob die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem andern im Sinne des § 890 Abs. 2 BGB. die Zustimmung derjenigen erfordert, denen an einem der beiden Grundstücke oder an beiden ein dingliches Recht zusteht.

Die Vorinstanzen wollen die Antwort auf die Frage aus § 19 GBO. entnehmen; sie halten diese Vorschrift für anwendbar, indem sie voraussetzen, daß die Gesamthypothekengläubiger durch die Zuschreibung in ihrem Rechte betroffen werden. Es ist freilich nicht zu verkennen, daß die Gesamthypothekengläubiger durch die Zuschreibung insofern eine Aenderung ihrer dinglichen Rechtslage erfahren, als an die Stelle der bisher verhafteten mehreren, selbständigen Grundstücke ein einheitlicher Haftungsgegenstand, nämlich das neue, die bisherigen Einzelgrundstücke umfassende Grundstück tritt. Ob aber, wie das Kammergericht in dem Beschlusse vom 18. Mai 1905 (RJA. 6, 73) ausgesprochen hat, und wie auch in der Rechtslehre vielfach angenommen wird, durch die Zuschreibungen die bisherigen Gesamthypotheken den Charakter als solche verlieren und zu Einzelhypotheken werden und ob im Falle der Richtigkeit dieser Annahme die Rechtslage des Gläubigers verbessert oder verschlechtert wird, bedarf hier keiner Entscheidung. Selbst wenn eine Verschlechterung der Rechtslage eintreten würde oder wenn der Fall so, wie die Umwandlung einer Verkehrs- in eine Sicherungshypothek oder einer Brief- in eine Buchhypothek läge, wenn also sowohl eine Verbesserung wie eine Verschlechterung der Rechtslage anzunehmen wäre, so würde doch eine Zustimmung

der Gesamthypothekengläubiger nicht notwendig sein. Denn der § 890 Abs. 2 BGB. regelt den Fall der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen in selbständiger Weise, d. h. so, daß neben ihm der § 877 BGB. nicht anwendbar ist. Diese Regelung aber läßt erkennen, daß der Wille des Eigentümers über die Vornahme der Zuschreibung allein zu entscheiden hat. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt schon der Wortlaut der Vorschrift. Denn wenn der § 890 Abs. 2 sagt: „Ein Grundstück kann dadurch zum Bestandteil eines anderen Grundstücks gemacht werden, daß der Eigentümer es diesem im Grundbuche zuschreiben läßt", so ist damit in klarer Weise zum Ausdrucke gebracht, daß nur der Eigentümer es ist, von dessen Willen die Zuschreibung abhängt. Das gleiche Ergebnis ist aus der Entstehungsgeschichte des § 890 Abs. 2 zu gewinnen. Der erste Entwurf enthielt im § 787 Abs. 2 noch keinen Hinweis auf die Zuschreibung. Auch die Motive (3, 56 ff.) sprechen nur von derjenigen Verbindung zweier Grundstücke, die dem jetzigen Falle der Vereinigung (§ 890 Abs. 1 BGB.) entspricht. Die Hervorhebung des Falles der Zuschreibung stammt aus dem zweiten Entwurfe (Protokolle 3, 549 ff.). Dabei ist auch von der Notwendigkeit der Zustimmung von Hypothekengläubigern die Rede gewesen. Es war nämlich in der Kommission für die zweite Lesung ein Antrag gestellt worden, die Zuschreibung davon abhängig zu machen, daß die Hypothekengläubiger des zuzuschreibenden Grundstücks dem Zurücktreten ihrer Hypotheken hinter die Hypotheken des Hauptguts zustimmten (Protokolle 3, 551 Ziff. 4 b).

Um die Tragweite dieses Antrages richtig zu würdigen, muß man sich folgendes vor Augen halten: Die jetzige Bestimmung des § 1131 S. 2 BGB., wonach die Rechte, mit denen das zugeschriebene Grundstück belastet ist, den Hypotheken des Hauptguts insoweit vorgehen, als diese auf den Bestandteil erstreckt werden, wurde erst bei der Beratung der für die Revision des zweiten Entwurfs vorliegenden Anträge in den zweiten Entwurf eingestellt. (Protokolle 6, 252). Zur Zeit, als der vorerwähnte Antrag eingebracht wurde, hatte infolgedessen die Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen als Bestandteil die Wirkung, daß die Hypotheken des Bestandteils hinter die Hypotheken des Hauptguts vollständig, d. h. auch insoweit zurücktraten, als es sich um die Haftung des Bestandteils handelte. Um die Härte, die hierin für die Hypotheken des Bestandteils lag, auszugleichen, wollte der erwähnte Antrag die Zuschreibung nur dann zulassen, wenn die Hypothekengläubiger des Bestandteils dem Rangrücktritt ihrer Hypotheken zustimmten. Aber auch dieser Antrag wurde von der zweiten Kommission mit der Begründung abgelehnt, daß für eine solche die Zuschreibung erschwerende Vorschrift kein Bedürfnis bestehe (Protokolle 3, 553). Hiernach sollte also die Zustimmung von dinglich Berechtigten in keinem Falle eine Voraussetzung für die Vornahme der Zuschreibung bilden. Daher wurde der Vorschrift von der Redaktionskommission die jetzige, d. h. die mit dem § 890 Abs. 2 BGB. wörtlich übereinstimmende Fassung gegeben (§ 808 Abs. 2 Entwurf II, s. Protokolle 3, 552 oben). Die Redaktionskommission hat demzufolge nur den Weisungen der zweiten Kommission gemäß gehandelt, wenn sie die Zuschreibung nur von dem Willen des Eigentümers abhängig machte. Eine weitere Voraussetzung ist nur noch im § 5 GBO. aufgestellt. Diese ist aber lediglich formeller

Natur und hat mit den materiell-rechtlichen Erfordernissen der Zuschreibung nichts zu tun.

Hiernach ergibt sich sowohl aus dem Wortlaute wie aus der Entstehungsgeschichte des § 890 Abs. 2 BGB., daß die Vornahme der Zuschreibung lediglich von dem Willen des Eigentümers, nicht aber von der Zustimmung der an dem einen der beiden Grundstücke oder an beiden Grundstücken dinglich Berechtigten abhängt. Diese Ansicht wird auch fast durchgehends in der Rechtslehre geteilt. Für den Fall der Vereinigung hat das Kammergericht bereits früher (KJA. 6, 247) die Zustimmung der dinglich Berechtigten für entbehrlich erklärt. Das Verlangen der Vorinstanzen auf Vorlegung der Zustimmungserklärungen der Gesamthypothekengläubiger ist mithin rechtsirrig.

Zulässigkeit der Eintragung einer Hypothek unter Bestimmung des Höchstbetrags der Haftung für Forderungen, die aus dem Kreditverhältnisse zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Eigentümer des Grundstücks sowie dessen allgemeinen Rechtsnachfolgern oder dessen Nachfolgern im Eigentume des Grundstücks entstehen.

§ 1190 BGB.

Oberstes Landgericht München, 11. Mai 1912. — Bd. 12 S. 159.

Die B. Handelsbank hat dem Bäckermeister Z. einen Kontokorrentkredit eröffnet. Zur Sicherung dieses Kredits bestellte Z. der B. Handelsbank an seinem Grundstücke, Haus Nr. 18, eine Hypothek zum Höchstbetrage von 17 600 M. In einer Nachtragsurkunde erklärte Z., daß die B. Handelsbank berechtigt, aber nicht verpflichtet sei, den Kontokorrentkredit auch seinen Rechtsnachfolgern oder den Nachfolgern im Eigentume des verpfändeten Grundstücks im ganzen oder in beschränktem Umfange weiter zu gewähren. Für diesen Fall solle die Hypothek nur mehr zur Sicherung aller aus dem fortgesetzten Kreditverhältnisse der Bank erwachsenen Ansprüche in Haupt- und Nebensache bestellt gelten. Zugleich beantragte er diese Kreditfortsetzungsklausel bei der Sicherungshypothek einzutragen.

Das Grundbuchamt lehnte unter Billigung des Landgerichts die in der Nachtragsurkunde erhaltene Weiterung des Inhalts der Hypothek ab, weil die Hypothek nur zur Sicherung eines einheitlichen Forderungsverhältnisses bestimmt sei. Auf die weitere Beschwerde hat das oberste Landesgericht München die Sache zur erneuten Verfügung an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

In den Gründen ist ausgeführt:

Ob eine Hypothek für eine Mehrheit von Gläubigern bestellt werden kann, ist bestritten. Das Reichsgericht hat in dem Beschlusse vom 1. März 1911 (RG. 75, 245) die Ansicht vertreten, daß die Bestellung einer Hypothek für mehrere Gläubiger nur zulässig ist, wenn diese hinsichtlich der Forderung in einem Gemeinschaftsverhältnisse stehen. In demselben Beschlusse verneint das Reichsgericht auch die Zulässigkeit der Bestellnng einer ungeteilten Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner, die nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft sich befinden.

Die Unzulässigkeit der Bestellung einer ungeteilten Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene nicht in einer Verflichtungsgemeinschaft stehende Schuldner wird vom Reichsgerichte nicht auf eine entgegenstehende materiell rechtliche Vorschrift, sondern darauf gestützt, daß die Bestellung einer ungeteilten Hypothek für verschiedene Forderungen, die je gegen einen anderen Schuldner zustehen, unklare Verhältnisse schaffe.

Im vorliegenden Falle soll eine Höchstbetragshypothek für die Forderungen bestellt werden, welche der B. Handelsbank gegen den Besteller der Hypothek und dessen (allgemeine) Rechtsnachfolger oder den Nachfolger im Eigentume der verpfändeten Grundstücks aus dem fortgesetzten Kreditverhältnisse zustehen. Die Forderungen, welche der Gläubigerin, der Handelsbank, gegen die Nachfolger des Bestellers der Hypothek erwachsen werden, beruhen allerdings rechtlich auf einem anderen Verpflichtungsgrund als die Forderungen der Gläubigerin gegen den Besteller der Hypothek. Allein wirtschaftlich liegt derselbe Verpflichtungsgrund vor, das Kontokorrentverhältnis zur Handelsbank, in das die Nachfolger des Bestellers der Hypothek eintreten. Insofern beruhen die durch die Hypothek zu sichernden Forderungen auf einem einheitlichen Rechtsgrunde. Dadurch unterscheidet sich auch der vorliegende Fall von dem in dem erwähnten Beschlusse des Reichsgerichts entschiedenen; gegenwärtig handelt es sich nicht um verschiedene, aus den beliebigsten Rechtsgründen entstandene Schuldverhältnisse, die neben- oder nacheinander durch die Hypothek gesichert werden sollen, sondern um das Schuldverhältnis, das aus dem Kreditverhältnisse zwischen der B. Handelsbank und dem Besteller der Hypothek sowie dessen allgemeinen Rechtsfolgern oder dessen Nachfolgern im Eigentume des belasteten Grundstücks entsteht.

Mit Rücksicht auf die wirtschaftliche Einheitlichkeit des Schuldgrundes ist die Besorgnis, daß durch die Eintragung der bestellten Hypothek unklare Verhältnisse geschaffen werden, unbegründet, da es sich um eine Höchstbetragshypothek handelt, deren Aufgabe es gerade ist, wechselnden Kreditverhältnissen als Sicherheit zu dienen. Jeder, der Veranlassung hat, sich mit den Hypothekverhältnissen des belasteten Grundstücks zu befassen, kann sich über den effektiven Stand der Belastung, die sich aus dem beantragten Hypothekeneintrag ergibt, unschwer Klarheit verschaffen. Die Person des Gläubigers steht ohnehin fest, die Person des Schuldners aber ist durch die Verknüpfung des Kreditverhältnisses mit der allgemeinen Rechtsnachfolge oder mit der Nachfolge in das Eigentum am belasteten Grundstücke hinreichend deutlich gekennzeichnet.

Es ist wohl anzunehmen, daß nach der Absicht der Hypothekbestellungsurkunde nicht nur der allgemeine Rechtsnachfolger, sondern auch der Nachfolger im Eigentume des Grundstücks in das Schuldverhältnis des Bestellers zu der Gläubigerin in dem Sinne eintreten soll, daß er die Verbindlichkeiten seines Vorgängers aus dessen Kontokorrentverhältnisse zu der Bank zu übernehmen hat. Daß, wenn diese Auffassung zutreffen sollte, kein Grund bestünde, daß die Höchstbetragshypothek nicht auch für die Verbindlichkeiten der Nachfolger bestellt wird, bedarf keiner Ausführung.

Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek stehen der Eintragung der bestellten Hypothek aber auch dann nicht entgegen, wenn die Nachfolger des Bestellers der Hypothek die Verbindlichkeiten ihrer Vorgänger aus dem Kontokorrentkredit der Handelsbank nicht übernehmen sollen.

Gesamtbelastung mehrerer selbständiger Grundstücke mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit; Unzulässigkeit der Eintragung einer solchen Belastung, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit auf eines der Grundstücke beschränkt ist.

§§ 1026, 1090 BGB.

Oberlandesgericht Jena, 15. Juni 1912. — Bd. 12, S. 167.

Der Beschwerdeführer ist auf den Grundbuchblättern Bl. 1, 20, 41, 118 und 120 als Eigentümer eingetragen. Das Grundstück Bl. 1 besteht aus dem Flurstücke Nr. 1 dieser Flur, das im Grundbuch als der Gutssitz bezeichnet ist, und noch zwei andern Flurstücken. Die auf den übrigen 4 Grundbuchblättern gebuchten Grundstücke bestehen je nur aus 1 Flurstücke, das im Grundbuch als Holz, Feld oder Wiese bezeichnet ist.

Der Beschwerdeführer und sein Bruder waren alleinige Erben ihrer Mutter. Im März 1898 schlossen sie einen Erbvergleich. Darin erhielt der jetzige Eigentümer von seinem Bruder den gesamten Nachlaß überlassen. Er versprach dem Bruder dafür eine Geldabfindung; daneben räumte er dem Bruder für dessen Lebenszeit „Herberge in dem zum Nachlasse gehörenden Gutshause" ein und gestattete ihm auch, „die Herberge auf dem Nachlaßbesitztum hypothekarisch sicherstellen zu lassen."

Auf Grund einer Ausfertigung dieser Notariatsurkunde beantragte 1911 der Bruder, das ihm danach zustehende „Herbergsrecht auf dem Grundstück seines Bruders einzutragen." Das Grundbuchamt trug das Herbergsrecht auf sämtlichen fünf Grundstücken ein.

Der Beschwerdeführer hält die Eintragung auf den Grundstücken Bl. 20, 41, 118 und 120 für unzulässig und beantragt deren Löschung. Das Grundbuchamt und das Landgericht lehnten den Antrag ab. Auf die weitere Beschwerde hat das Oberlandesgericht Jena unter Aufhebung der Vorentscheidungen das Grundbuchamt angewiesen dem Antrage stattzugeben.

In den Gründen ist ausgeführt:

Trotz Einigung ist eine Eintragung unwirksam und zu löschen, soweit sie ihrem Inhalte nach unzulässig ist (§ 54 Abs. 1 Satz 2 GBO.).

Daß es zulässig war, das ganze Grundstück Bl. 1 mit dem Herbergsrechte zu belasten, obwohl sich die Ausübung auf einen Teil des Grundstücks — das Gutshaus oder gar nur die Oberstube — beschränken soll, unterliegt keinem Zweifel. . . . .

Daraus, daß hiernach alle oder doch mehrere Teile eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit belastet werden können, deren Ausübung sich nicht auf die ganze belastete Fläche erstreckt, folgt nun aber nicht, daß auch noch andere selbständige „Grundstücke" mit einer Dienstbarkeit mitbelastet werden, die auf ihnen überhaupt nicht, auch nicht einmal auf einem Teile von ihnen ausgeübt werden soll und darf. Zur Sicherung einer Forderung kann eine Hypothek zugleich an Grundstücken in Königsberg und in Aachen bestellt werden. Das Recht aus der Hypothek, daß eine Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist, kann seinem Inhalte nach begrifflich ebensogut in Aachen wie in Königsberg verwirklicht werden. Aber das Recht, über ein ostpreußisches Grundstück zu fahren, kann nicht Belastung eines Grundstücks in der Rheinprovinz sein; es kann nur auf dem Grundstücke lasten, über das der Weg führt. Die Dienst-

barkeit setzt gesetzlich voraus, daß der Berechtigte gerade das damit belastete, (nicht, daß er ein anderes) Grundstück benutzen kann oder daß auf dem belasteten, (nicht, daß auf einem andern) Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen (§§ 1018, 1090 BGB.). Das Wesen einer Dienstbarkeit besteht in dem Rechte auf eine Nutzung oder Benutzung eines bestimmten Grundstücks oder in dem Rechte, dem Eigentümer gewisse Ausübungen seines Eigentums zu verbieten. Diese Rechte können eben ihrem Inhalte nach nur auf dem Grundstücke selbst lasten, demgegenüber sie ausgeübt werden sollen. Daß mit solchen Dienstbarkeiten, wie auch mit andern Rechten, im Falle ihres Erlöschens durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung der Anspruch auf Wertersatz aus dem Versteigerungserlöse verbunden ist (§ 92 ZwVG.) macht sie noch nicht zu Hypotheken oder grundschuldähnlichen Rechten, die dieses etwaigen schließlichen Geldanspruchs halber von vornherein überall auch in der Form der Gesamtbelastung nach der Art der Gesamthypothek begründet werden könnten. Dieser Ersatzanspruch tritt vielmehr nur hilfsweise an die Stelle der Dienstbarkeit und besteht nur, soweit die Dienstbarkeit bestehen kann, kann nicht umgekehrt bestimmen, inwieweit Dienstbarkeiten zulässig sein sollen. „Hypothekarische Sicherung liegt nicht im ursprünglichen Zwecke der Servitut" (MotzBGB. 3, 489 zu §§ 975, 976 Ende). Deshalb hat das Gesetz auch bestimmt, daß im Falle der Teilung des ganz belasteten Grundstücks, wenn die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Trennstücke, die außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, kraft Gesetzes ohne Weiteres von der Dienstbarkeit frei werden (§§ 1026, 1090 BGB.). Man hat dies mit dem Bewußtsein getan, daß dadurch der Wertersatz im Falle der Zwangsversteigerung sehr gefährdet werden könne, hat sich aber über dieses Bedenken hinweggesetzt, weil hypothekarische Sicherung nicht der wesentliche Zweck der Dienstbarkeit sei „und diese Verminderung der Sicherheit sich als eine natürliche Schwäche des Servitutrechts darstelle, die der Berechtigte mit in den Kauf nehmen müsse". Der Dienstbarkeitsberechtigte hat selbst kein Recht, wegen des Wertes seiner Dienstbarkeit die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben. Für das Wesen der Dienstbarkeit kann hiernach das Ersatzrecht keine Rolle spielen, die Möglichkeit eines solchen Ersatzanspruchs kann keinen Grund dafür abgeben, lediglich um einer größeren Sicherstellung des Geldwertes der Dienstbarkeit willen die Bestellung von Dienstbarkeiten in weiterem Umfange zuzulassen, als dies nach ihrem eigentlichen Inhalt angängig wäre, als Belastung von Grundstücken, an denen der eigentliche Inhalt der Dienstbarkeit niemals ausgeübt werden kann — sei es auch nur an Grundstücksteilen —, die vielmehr nur für den Wert einer lediglich an einem andern Grundstücke wirklich bestehenden Dienstbarkeit hypothekähnlich zu haften hätten. Auch aus § 1026 ergibt sich der hiermit übereinstimmende Grundsatz, daß Grundflächen, die außerhalb des Bereichs der Ausübung der Dienstbarkeit liegen, zwar mit der Dienstbarkeit mitbelastet sein können und für den Wertersatz mithaften, solange sie unselbständige Bestandteile einer Grundstückseinheit sind, auf der — wenn auch nur auf einen Teil beschränkt — die Dienstbarkeit ausgeübt wird; die Belastung der Grundstückseinheit ergreift dann auch deren unselbständige Bestandteile, damit Teilbelastungen vermieden werden; — aus § 1026 ergibt sich aber zugleich der weitere Grundsatz, daß solche von der Ausübung nicht be-

troffene Grundstücksteile von der Belastung und Werthaftung frei sein sollen, wenn sie nicht mehr zu einem Grundstücke gehören, auf dem oder dessen Teile die Dienstbarkeit zur Ausübung kommt. Vor der Trennung haften die nichtberührten Teile eben um ihrer Bestandteilseigenschaft mit; nach der Trennung fällt dieser Grund fort.

Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist hiernach eine Dienstbarkeit an einem Grundstücke nicht mit dem Inhalte zulässig, daß der Berechtigte ein anderes Grundstück in gewisser Weise benutzen darf. Als Gesamtbelastung eine Dienstbarkeit auf zwei Grundstücken einzutragen, wird darum nicht überhaupt ausgeschlossen sein, vorausgesetzt nur, daß eine Ausübung des Rechtes auf beiden stattfinden soll, z. B. ein Weg, ein Wassergraben darf auf der Grenze zweier Grundstücke entlang geführt werden oder ein Auszügler hat das Recht, einen Bodenraum zu benutzen, der sich in 2 zu verschiedenen Grundstücken gehörenden Häusern befindet (Güthe, GBO. (2) 1, Bem. 6 zu § 49).

Um einen solchen Fall handelt es sich hier aber zweifellos nicht. Die selbständigen Holz-, Feld- und Wiesengrundstücke Bl. 20, 41, 118 und 120 sollen belastet werden mit einem Herbergsrechte, d. h. einem als beschränkte persönliche Dienstbarkeit einzutragenden dinglichen Wohnrechte, das lediglich auf einem Teile eines anderen Grundstücks, auf dem Flurstücke Nr. 1 das zu dem Grundstücke Bl. 1 gehört, ausgeübt werden soll und seinem Inhalte nach auch nur dort, nicht aber auf jenen Feld-, Wiesen- und Holzgrundstücken ausgeübt werden kann. Aus der Art der eingeräumten Benutzung und aus dem angegebenen Orte der Ausübung ergibt sich ohne jeden Zweifel, daß die Eintragung der Dienstbarkeit auf diesen vier weiteren Grundbuchblättern ihrem Inhalte nach unzulässig ist.

Deshalb ist nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GBO. die Löschung auf diesen Blättern von Amts wegen anzuordnen. Diese Löschung hat sich dann auch auf die verweisenden Mitbelastungsvermerke zu erstrecken (vgl. § 49 Abs. 2 GBO.).

Löschung einer Vormerkung. Erlöschen der Wirkungen der Vormerkung, auch wenn die Löschung zu Unrecht erfolgt.

§ 883 BGB.

Kammergericht Berlin, 17. Juni 1912. — Bd. 12 S. 170.

Im Grundbuche von B. Blatt 177 ist bis 6. März 1912 Edwin D. als Eigentümer eingetragen gewesen. Im März 1911 ist auf dem Grundestück eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Auflassung für den preußischen Staat eingetragen worden. Hinter der Vormerkung sind im Jahre 1911 mehrere Nießbrauchrechte und Hypotheken eingetragen worden.

Der preußische Staat trat im Februar 1912 alle Rechte aus dem mit Edwin D. geschlossenen Kaufvertrage sowie die Rechte aus der Vormerkung an den Schlesischen Freikuxgelderfonds ab. Der Verkäufer ließ diesem am 5. März 1912 das Grundstück auf und beantragte gleichzeitig die Löschung der Vormerkung. Das Grundbuchamt gab dem Antrag am 6. März statt.

Der Schlesische Freikuxgelderfonds beantragte darauf die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Löschung der Vormerkung. Das Grundbuchamt lehnte

den Antrag unter Billigung des Landgerichts ab. Auch der weiteren Beschwerde hat das Kammergericht Berlin den Erfolg versagt.

In den Gründen ist ausgeführt:

Nach § 54 Abs. 1 Satz 1 GBO. kann ein Widerspruch nur dann eingetragen werden, wenn das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften verletzt hat und das Grundbuch durch die angefochtene Eintragung unrichtig geworden ist. An der zweiten Voraussetzung fehlt es hier. Es wird dann dargelegt, daß die Vormerkung nicht schon durch die Auflassung an den Beschwerdeführer und dessen Eintragung als Eigentümer erloschen sei, weil nach der Eintragung der Vormerkung neue Rechte auf dem Grundstücke eingetragen worden seien.

Das Kammergericht fähr hierauf fort:

Ist hiernach die Frage, ob die Löschung der Vormerkuug dem materiellen Rechte entspricht, zu verneinen, so bedarf es einer Entscheidung der weiteren Frage, ob eine Vormerkung durch die Löschung in jedem Falle, also auch dann erlischt, wenn die Löschung dem materiellen Rechte widerspricht. Diese Frage wird von Turnau-Förster, Gierke, Crome, dem BGB. Kommentar von Reichsgerichtsräten, Kretzschmar, Biermann, Männer und anscheinend auch von Predari bejaht, von Fuchs, Oberneck, Planck, Güthe, Wolff, Cosack, Schilde, Sekler und Othmer verneint.

Wäre die Vormerkung ein — wenn auch nur bedingtes — dingliches Recht, so wäre zweifellos, daß durch ihre ungerechtfertige Löschung das Grundbuch unrichtig werden würde und sowohl der § 894 BGB. wie auch der § 22 GBO. unmittelbare Anwendung finden müßten. Die herrschende Meinung lehnt jedoch mit Recht jene Auffassung ab. Insbesondere stehen die obersten Gerichtshöfe auf diesem Standpunkte (RG. 65, 261 f.; KGJ. 25 A, 170; 32 A, 214; OLGRsp. 1, 411; 4, 237; 10, 433; 15, 268; BayObLG. 9, 397), und an ihm ist festzuhalten. Die Vormerkung ist demnach nur ein bloßer Grundbuchvermerk, der vom Gesetze mit einzelnen dinglichen Wirkungen ausgestattet ist. Zu diesen Wirkungen gehört außer der Sicherungswirkung (§ 883 Abs. 2, § 884 BGB.; § 24 KO.) auch die Rangwirkung. Denn der § 883 Abs. 3 BGB sagt: „Der Rang des Rechtes, auf dessen Einräumung der Anspruch gerichtet ist, bestimmt sich nach der Eintragung der Vormerkung.“ Aus dieser Rangwirkung mag der Satz hergeleitet werden können, daß das Grundbuch unrichtig wird, wenn abweichend von dem materiellen Rechte der Rang geändert wird (vgl. § 880 Abs. 2 BGB.) Dieser Satz kann jedoch für die Vormerkung nur so lange gelten, als sie eingetragen ist, und das gleiche muß für alle sonstigen dinglichen Wirkungen der Vormerkung angenommen werden. Denn von dem Augenblick an, in dem die Vormerkung aus dem Grundbuche verschwindet, ist nichts mehr vorhanden, woran sich eine dingliche Wirkung anknüpfen könnte. Ein dingliches Recht entsteht zwar in den Regelfällen auch erst durch die Eintragung. Ist diese aber einmal bewirkt, so ist das dingliche Recht zur Entstehung gelangt und kann durch eine unrechtmäßige Löschung nicht erlöschen. Denn das Gesetz verlangt im § 873 Abs. 1 BGB. nur die Eintragung als solche, d. h. den Akt der Einschreibung, nicht aber das Weiterbestehen der Eintragung; es erkennt also ein Fortbestehen des einmal durch Eintragung entstandenen Rechtes außerhalb des Grundbuchs an. Auch die Vormerkung gelangt ebenso wie die dinglichen Rechte erst durch die Eintragung zur Entstehung. Ihr Bestehen ist aber, abweichend von den

dinglichen Rechten, dauernd an die Eintragung gebunden, weil durch die Vormerkung kein Recht, das außerhalb des Grundbuchs bestehen könnte, begründet wird. Denn das Gesetz hat dadurch, daß es der Vormerkung nicht die Rechtsnatur des dinglichen Rechtes beigelegt, sondern nur dem schuldrechtlichen Anspruche gewisse dingliche Wirkungen verliehen hat, diese Wirkungen lediglich an die Eintragung geknüpft, es hat mit anderen Worten die Möglichkeit, die das Bestehen eines Grundbuchs bietet, zu einer Verlautbarung des schuldrechtlichen Anspruchs benutzt. Daraus folgt, daß, sobald das Grundbuch aufhört, auf diesen Anspruch hinzuweisen, die mit dem Anspruche verbundenen dinglichen Wirkungen fortfallen müssen. Dagegen kann es dahingestellt bleiben, ob diesem Fortfallen rückwirkende Kraft zuzuschreiben ist oder gegenüber denjenigen Berechtigten, die ihr Recht vor der Löschung der Vormerkung erworben haben, die Vormerkung ihre Wirkung behält.

Beschwerderecht des Vormundes gegen den Beschluß des Vormundschaftsgerichts, durch den ihm bei seiner Bestellung die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels entzogen wird.

§§ 1631, 1793, 1800, 1801 BGB. § 20, § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG.

Kammergericht Berlin, 5. Juli 1912. — Bd. 12 S. 173.

Im Mai 1912 wurde der Landgerichtsrat K. als Vormund der minderjährigen Geschwister K. verpflichtet. Hierbei entzog ihm aber das Vormundschaftsgericht die Sorge für die religiöse Erziehung der Kinder. Die Mündel sind katholisch, Landgerichtsrat K. aber evangelisch. Gegen die Verfügung, durch die ihm die religiöse Erziehung der Kinder entzogen worden ist, legte K. Beschwerde ein. Das Landgericht wies die Beschwerde zurück, weil ein Recht des Vormundes nicht beeinträchtigt sei. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidung die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Landgericht zurückverwiesen.

Allerdings kann der Vormund auf § 20 FGG. sein Beschwerderecht nicht stützen. Denn dem Landgericht ist darin beizutreten, daß ein Recht des Vormundes nicht beeinträchtigt ist (§ 20 Abs. 1). Zwar umfaßt das Recht des Vormundes, für die Person des Mündels zu sorgen, auch die Sorge für die religiöse Erziehung desselben (§§ 1793, 1800, § 1631 Abs. 1 BGB.; KGJ. 37 A, 86). Aber der § 1801 BGB. gibt für den Fall, daß der Vormund nicht dem Bekenntnis angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist, dem Vormundschaftsgericht das Recht, die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels dem Vormunde zu entziehen. Geschieht dies und entzieht das Vormundschaftsgericht dem Vormunde, den es zunächst ohne Einschränkung als solchen verpflichtet und damit die ganze Personensorge übertragen hat, später die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels, so würde eine dahingehende Verfügung des Amtsgerichts denjenigen Teil des Personensorgerechts des Vormundes beeinträchtigen, der sich auf die religiöse Erziehung des Mündels bezieht, und gegen eine solche Verfügung würde dem Vormund ein Beschwerderecht aus § 20 FGG. zustehen. So liegt die Sache aber hier nicht. Im gegebenen Falle ist dem Vormunde bei seiner Verpflichtung die Sorge für die religiöse Erziehung der Mündel entzogen worden. Dies hatte zur Folge, daß

dem Vormunde nur die Personensorge mit Ausschluß der Sorge für die religiöse Erziehung übertragen ist. Alsdann aber ist sein Recht, für die religiöse Erziehung der Mündel zu sorgen, durch die angefochtene Verfügung nicht beeinträchtigt worden. Denn ein solches Recht stand ihm noch gar nicht zu. Auch hatte er kein Recht darauf, daß ihm die Sorge für die religiöse Erziehung der Mündel übertragen werde. Deshalb kann der Vormund sein Beschwerderecht auf § 20 nicht stützen. Dagegen war dem Beschwerdeführer ein Beschwerderecht aus § 57 Abs. 1 Nr. 9 FGG. zuzusprechen. Nach dieser Vorschrift steht gegen eine Verfügung, die eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person des Mündels betreffende Angelegenheit enthält, jedem die Beschwerde zu, der ein berechtigtes Interesse hat, diese Angelegenheit wahrzunehmen. Die Verfügung des Amtsgerichts, durch die dem Vormunde die Sorge für die religiöse Erziehung der Mündel entzogen wird, ist eine Entscheidung über eine die Sorge für die Person der Mündel betreffende Angelegenheit, da die Sorge für die religiöse Erziehung einen Teil der Personensorge bildet. Der Beschwerdeführer hat aber auch ein berechtigtes Interesse, die vorliegende Angelegenheit wahrzunehmen. Denn einmal gibt sein Schwägerschaftsverhältnis zu den Mündeln ihm einen berechtigten Anlaß, die vorliegende Angelegenheit zu betreiben. Er hat aber auch als Vormund, dem die Personensorge, wenn auch mit Ausschluß der Sorge für die religiöse Erziehung, zusteht, ein berechtigtes Interesse daran, die die Sorge für die religiöse Erziehung der Mündel betreffende Angelegenheit wahrzunehmen. Denn diese Sorge greift in mannigfacher Hinsicht in das sonstige Personensorgerecht über. Daß der Beschwerdeführer schließlich die Uebertragung der Sorge für die religiöse Erziehung der Mündel lediglich zum Besten der Mündel, also in ihrem Interesse erstrebt, muß gleichfalls angenommen werden.

Danach hat das Landgericht das Beschwerderecht des Beschwerdeführers zu Unrecht verneint.

Abgabe einer Vormundschaft an ein in einem anderen Landgerichtsbezirke gelegenes Amtsgericht; Zuständigkeit des diesem Gericht übergeordneten Landgerichts zur Entscheidung über eine Beschwerde, die gegen eine vor der Abgabe der Vormundschaft ergangene Verfügung des früheren Vormundschaftsgerichts erhoben ist.

§§ 19, 46 FGG.

Kammergericht Berlin, 12. Juli 1912. — Bd. 12 S. 174.

Das im Dezember 1910 geborene Kind der unverehelichten Emma M. wurde zunächst von Otto B. in Berlin bevormundet. Im Oktober 1911 reiste der Vormund mit der Kindesmutter und dem Kinde nach Breslau. Da sich herausstellte, daß er mit der Mündelmutter im geschlechtlichen Verkehre lebte, wurde er entlassen und ein neuer Vormund bestellt. Weiter ersuchte das Vormundschaftsgericht Berlin am 25. Januar 1912 die Breslauer Polizeibehörde, der Mutter das Kind fortzunehmen und der Mutter zu eröffnen, daß ihr wegen ihres unsittlichen Lebenswandels das Recht der Personensorge entzogen werde. Die Polizeibehörde hat darauf das Kind bei dem Maler Paul B. in Breslau untergebracht und der Mutter die gerichtliche Verfügung bekannt gemacht.

Im April übernahm das Amtsgericht in Breslau die Vormundschaft. Im März hatte die Mutter gegen die Verfügung vom 25. Januar Beschwerde erhoben. Das Landgericht in Berlin übersandte sie am 2. Mai dem Amtsgericht in Breslau. Dieses erklärte, der Beschwerde nicht abhelfen zu wollen und legte sie dem Landgericht in Breslau zur Entscheidung vor. Das Landgericht in Breslau wies die Beschwerde als unbegründet zurück. Auf die weitere Beschwerde hat das Kammergericht Berlin zu der Frage, welches Gericht zur Entscheidung über die Beschwerde zuständig ist, ausgeführt:

Die Zuständigkeit des Landgerichts in Breslau zur Entscheidung über die Beschwerde kann nicht beanstandet werden. Der maßgebende Zeitpunkt für die Befugnis des Beschwerdegerichts zur Entscheidung über die Beschwerde ist derjenige der Entscheidung über sie, nicht derjenige ihrer Einlegung. Danach kommt es nicht darauf an, daß die Beschwerde vor der Uebernahme der Vormundschaft durch das Amtsgericht in Breslau bei Gericht eingegangen ist. Es ist aber die Zweifelfrage zu entscheiden, ob nach einem infolge der Uebernahme einer Vormundschaft eingetretenen Gerichtswechsel die Entscheidung über Beschwerden gegen Verfügungen des alten Gerichts bei dem dem alten Gerichte vorgeordneten Landgerichte verblieben ist oder ob die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Beschwerde auch hinsichtlich der Verfügungen des alten Gerichts auf das dem neuen Gerichte vorgeordnete Landgericht übergegangen ist. Die Frage war im Sinne der zweiten Alternative zu bejahen.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Bejahung der Zuständigkeit des neuen Beschwerdegerichts zu dem an sich auffallenden Ergebnisse führt, daß dieses Gericht Verfügungen von Gerichten abändern und aufheben kann, die ihm im regelmäßigen Instanzenzuge nicht untergeordnet sind. Denn im allgemeinen gilt der Grundsatz, daß die Verfügungsmacht des oberen Gerichts naturgemäß auf die ihm untergeordneten Gerichte beschränkt ist und daß ein ihm nicht untergeordnetes Gericht an seine Entscheidung nicht gebunden ist. Aber gegenüber dem hieraus hergeleiteten Bedenken ist darauf hinzuweisen, daß die dem neuen Beschwerdegericht untergeordneten neuen Gerichte erster Instanz auf Grund des § 18 FGG. auch das Recht zur Abänderung der betreffenden Verfügungen haben, wie dies in Wissenschaft und Rechtsprechung allgemein anerkannt ist (vgl. RJA. 6, 11, Recht 1905 S. 509, Samml. von Entsch. d. bayer. obersten Landesgerichts in Zivils. 2, 516, Ebert, Dudek & Lindemann, FGG. Anm. 1 zu § 18, Josef (2) Anm. 1a zu § 18) und daß, da die höheren Instanzen im Falle der Beschwerdeeinlegung ganz allgemein an die Stelle der ersten Instanzen treten und deren Befugnisse erhalten, es durchaus folgerichtig ist, wenn sie auch in dieser Beziehung die gleichen Rechte haben. Würde man übrigens beim Gerichtswechsel die Zuständigkeit der alten Beschwerdegerichte bejahen, so würde das die Folge haben, daß das dem alten Gerichte vorgeordnete Landgericht nicht nur die Entscheidung des alten Gerichts aufheben und abändern könnte, sondern man müßte ihm auch die Befugnis beilegen, die Sache an die untere Instanz zurückzuverweisen und dabei Anweisungen zu erteilen, die für das Gericht der ersten Instanz bindend sind. Da die Zurückweisung nicht an das alte Gericht erfolgen kann, das mit der Sache nicht mehr befaßt ist, so würde das dem alten Gerichte vorgeordnete Landgericht die Sache an das neue, ihm nicht untergeordnete Gericht zurückverweisen müssen. Zu einer solchen Zurückverweisung sind aber nur die dem

neuen Gerichte gerichtsverfassungsmäßig übergeordneten Instanzen berechtigt und nur deren Weisungen sind für die untergeordneten Gerichte bindend. Auch dieser Grund spricht für die Zuständigkeit des dem neuen Amtsgerichte vorgeordneten Landgerichts zur Entscheidung über die Beschwerde. Entscheidend kommt aber für die hier vertretene Ansicht noch folgendes in Betracht: Wie das Kammergericht wiederholt ausgesprochen hat (vgl. KGJ. 31 A, 7) tritt das Beschwerdegericht vollständig an die Stelle der ersten Instanz und es gehen Recht und Pflicht der Entscheidung im vollen Umfang auf das Beschwerdegericht über. Das Beschwerdegericht hat deshalb auch jede nach dem Erlasse der Verfügung des Amtsgerichts eingetretene Veränderung der Sach- und Rechtslage zu berücksichtigen, so z. B., daß der Minderjährige in dem Verfahren, betreffend die Fürsorgeerziehung, das 18. Lebensjahr vollendet hat (vgl. KGJ. 23 A, 53) oder daß die früher örtliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts inzwischen beseitigt ist (Josef im Recht 1903 S. 517). Ebenso bildet die Fortdauer der Befugnis des Gerichts erster Instanz, sich noch weiter mit einer bestimmten Angelegenheit zu befassen, auch die notwendige Voraussetzung für die Berechtigung der ihm vorgeordneten Gerichte, für sie als Rechtsmittelinstanz tätig zu sein, und mit dem Wegfalle der Zuständigkeit der alten Unterinstanz zufolge Abgabe der Sache an ein anderes Gericht wird auch der ferneren Tätigkeit der ihm vorgesetzten Instanzen die Grundlage entzogen. Deshalb darf das dem alten Gericht übergeordnete Landgericht den inzwischen eingetretenen Gerichtswechsel nicht unbeachtet lassen. Denn dieser entzieht infolge der dadurch herbeigeführten Unzuständigkeit des alten Gerichts auch dem dem alten Amtsgericht übergeordneten Beschwerdegerichte die Zuständigkeit. Hieraus ergibt sich dann weiter der zwingende Schluß, daß das dem neuen Amtsgerichte vorgeordnete Landgericht zur Entscheidung auf Beschwerden gegen alle von dem alten Amtsgericht erlassenen Verfügungen zuständig ist. Auch diese Erwägungen führen, auf den gegebenen Fall angewendet, dazu, die Zuständigkeit des Landgerichts in Breslau zur Entscheidung auf die Beschwerde der Mutter gegen die Verfügung des Amtsgerichts in Berlin-Mitte vom 25. Januar 1912 zu bejahen.

Mangelnde Befugnis des Vormundschaftsgerichts, die Art, in der die Eltern einem unverheirateten Kinde Unterhalt zu gewähren haben, zu bestimmen, bevor die Eltern dem Kinde oder dessen gesetzlichem Vertreter gegenüber eine Bestimmung getroffen haben.

§ 1612 BGB.

Kammergericht Berlin, 29. November 1912. — Bd. 12 S. 181.

Der wegen Geistesschwäche entmündigte am 4. Januar 1887 geborene Boleslaus R. ist der eheliche Sohn des Müllers Wladislaus R. und der Valeria geb. Sz. Die Ehe der Eltern ist wegen Ehebruchs des Mannes rechtskräftig geschieden und der Mann für allein schuldig erklärt. Der Mann und der Mündel leben in S., die Frau in C. Der Mündel hat, vertreten durch seinen Vormund, den Tischlermeister J., gegen seine Mutter bei dem Landgerichte Klage auf Gewährung von Unterhalt erhoben. Nachdem die Klage vom Landgericht abgewiesen war, hat der Vormund bei dem Vormundschaftsgerichte beantragt, zu beschließen, daß der Unterhalt des Sohnes außerhalb

der Behausung der Mutter zu gewähren ist. Das Amtsgericht hat hierauf angeordnet:

„Boleslaus R. darf nicht im Haushalte der Valeria R. unterhalten werden. Der Unterhalt ist durch Entrichtung einer Geldrente in vierteljährlichen Vorausteilen zu entrichten."

Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Mutter hat das Landgericht zurückgewiesen. Auf ihre weitere Beschwerde hat das Kammergericht Berlin unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Vormundschaftsgericht zurückverwiesen.

Grundsätzlich hat der Unterhaltspflichtige den Unterhalt durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB.). Von diesem Grundsatz enthält der § 1612 BGB. zwei Ausnahmen. Nach § 1612 Abs. 1 Satz 2 kann der Verpflichtete verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestattet wird, wenn besondere Gründe es rechtfertigen. Die zweite Ausnahme enthält der § 1612 Abs. 2 Satz 1, der lautet:

„Haben Eltern einem unverheirateten Kinde Unterhalt zu gewähren, so können sie bestimmen, in welcher Art und für welche Zeit im voraus der Unterhalt gewährt werden soll."

Daraus ergibt sich, daß, wenn die Eltern eine Bestimmung nicht getroffen haben, es bei der im Abs. 1 Satz 1 § 1612 vorgesehenen Regel der Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente verbleibt. Der Anspruch auf Gewährung dieser Geldrente ist, soweit der unterhaltspflichtige Elternteil seine Verpflichtung hierzu nicht freiwillig erfüllt, im Prozeßwege vor dem Prozeßgerichte geltend zu machen (RG. in JW. 1903 Beil. S. 29). Die Ansicht der Beschwerdeführerin, daß das Kind zunächst ganz allgemein auf Gewährung von Unterhalt klagen müsse, ist unzutreffend. Das Kind kann vielmehr, sofern es von der Mutter Unterhalt verlangen kann, sogleich auf Zahlung einer Geldrente klagen. Nur wenn die Eltern eine Bestimmung getroffen haben, in welcher Art und für welche Zeit im voraus einem unverheirateten Kinde der Unterhalt gewährt werden soll, ist in Abweichung von der Regel des Abs. 1 Satz 1 die Bestimmung der Eltern maßgebend und diese Bestimmung der Eltern kann nach § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. das Vormundschaftsgericht aus besonderen Gründen auf Antrag des Kindes ändern. Danach ist Voraussetzung für das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts, daß eine „Bestimmung" der Eltern im Sinne des § 1612 Abs. 2 BGB. vorliegt. Dagegen ist nicht erforderlich, daß die Eltern zur Gewährung des Unterhalts verurteilt sind oder ihre Unterhaltspflicht anerkannt haben. Für eine solche Annahme bietet das Gesetz keinen Anhalt. Soweit die Beschwerdefühererin daher geltend macht, der Beschluß des Vormundschaftsgerichts habe nicht ergehen dürfen, weil sie nicht zur Gewährung des Unterhalts verurteilt sei noch ihre Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung anerkannt habe, insoweit ist ihre Bemängelung unbegründet. Soweit aber die Beschwerdeführerin behauptet, für das Einschreiten des Vormundschaftsgerichts sei kein Raum, weil sie eine Bestimmung im Sinne des § 1612 Abs. 2 nicht getroffen habe, ist diese Behauptung erheblich. Denn ohne eine solche „Bestimmung" darf das Vormundschaftsgericht nicht eingreifen. Ob im vorliegenden Falle die Mutter eine Be-

stimmung im Sinne des § 1612 Abs. 2 BGB. getroffen hat, ist vom Landgericht überhaupt nicht festgestellt worden und auch der amtsgerichtliche Beschluß enthält eine sichere Feststellung nach dieser Richtung hin nicht, er besagt vielmehr nur, daß die Mutter in dem Unterhaltsprozeß unter anderem auch erklärt habe, sie sei bereit, den Sohn bei sich aufzunehmen und zu unterhalten. Diese Erklärung ist aber lediglich eine Verteidigung zur Abwehr des Unterhaltsanspruchs in Geld, die in dem Prozesse geltend gemacht ist, nicht aber eine „Bestimmung" im Sinne des § 1612 Abs. 2 BGB., die eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sein muß, welche dem Kinde oder dessen gesetzlichem Vertreter gegenüber abzugeben ist. Sie kann als „Bestimmung" im Sinne des § 1612 Abs. 2 BGB. um so weniger gelten, als die Mutter ihre Unterhaltspflicht zugleich bestritten hat. Die Vorinstanzen haben daher das Gesetz verletzt, indem sie eine Anordnung aus § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. getroffen haben, ohne in zweifelsfreier Weise vorher festzustellen, ob die Mutter eine Bestimmung aus § 1612 Abs. 2 Satz 2 BGB. getätigt hat.

Auflassung eines Grundstücks mit der sich anschließenden Bestimmung, daß die Eintragung des Erwerbers erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen solle; Wirksamkeit einer solchen Auflassung, wenn die vorausgegangene Einigung der Parteien über den Eintritt der Rechtsänderung ohne Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung erklärt worden ist.

§ 925 BGB.; §§ 13, 19, 20 GBO.

Kammergericht Berlin, 31. Mai 1912. — Bd. 12 S. 164.

Als Eigentümer des im Grundbuche von K. Bd. VII Bl. 229 geführten Grundstücks sind eingetragen der Fleischer Anton M. und seine Ehefrau Josefa M. Anton M. ist im Jahre 1905 verstorben. Er hatte im März 1905 mit seiner Ehefrau vor dem Richter ein Testament errichtet. Danach setzten die Eheleute sich gegenseitig zu Erben ein und bestimmten im § 2, daß das bezeichnete Grundstück nach dem Tode des Letztverstorbenen der Kaufmann Karl F. erhalten solle. Es folgten dann eine Reihe von Geldzuwendungen an entferntere Verwandte.

Am 13. Januar 1912 haben die Witwe Josefa M. und Karl F. vor dem Grundbuchamt erklärt:

„Wir sind darüber einig, daß das Eigentum an dem im Grundbuche von K. Bd. VII Bl. 299 verzeichneten Grundstück auf Karl F. übergehen soll. Ich, Josefa M., bewillige, daß Karl F. als Eigentümer dieses Grundstück in das Grundbuch eingetragen werde. Ich, Karl F., beantrage die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch . . . . . Die Auflassung soll erst eingetragen werden, wenn Karl F. die Vermächtnisnehmer durch den Antrag auf Eintragung von Sicherungshypotheken sicher gestellt hat."

Am 23. März erschienen Josefa M. und Karl F. wiederum vor dem Grundbuchamte, wobei dieser der Josefa M. unter anderem eine Hypothek von 16 000 M. bestellte. Im Anschlusse hieran erklärten Josefa M. und Karl F., daß gleichzeitig mit obigen Hypothekenoperationen die Eintragung des Karl F. als Eigentümer von Blatt 299 erfolgen solle.

Das Grundbuchamt lehnte die Anträge ab, da sie dem Testamente der Eheleute M. widersprächen. Das Landgericht wies die hiergegen erhobene Beschwerde zurück. Auf die weitere Beschwerde des Karl F. hat das Kammergericht unter Aufhebung der Vorentscheidungen die Sache zur anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach Maßgabe der folgenden Gründe an das Grundbuchamt zurückverwiesen.

Ohne Rechtsirrtum hat das Landgericht gegenüber den Entscheidungsgründen des Grundbuchamts ausgeführt, daß der Grundbuchrichter nicht prüfen dürfe, ob der Inhalt der vor ihm abgegebenen Erklärungen und des an diese geknüpften Antrags dem aus dem Testament ersichtlichen Willen des Ehemanns M. entspricht. Das Grundbuchamt hat vielmehr dem in diesem Verfahren allein in Betracht kommenden Antrage, den Beschwerdeführer Karl F. als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen, stattzugeben, wenn die Auflassung in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form erklärt ist und die Witwe M. nach dem Testament ihres Ehemanns zur Verfügung über das Grnndstück berechtigt war.

Das Landgericht hat die Wirksamkeit der Auflassung nicht beanstandet, und auch insofern ist ein Rechtsirrtum nicht erkennbar. Nach § 925 Abs. 2 BGB. ist eine Auflassung unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt. Dieser Fall liegt hier nicht vor. Allerdings hat das Reichsgericht in der Begründung des Beschlusses vom 16. Mai 1893 (RG. 54, 378, 383) ausgeführt: „Daher enthält die Erklärung des Berechtigten, daß er die Rechtsänderung wolle, mit Notwendigkeit auch die Erklärung, daß er mit der Eintragung einverstanden sei, daß er sie bewillige, und die Erklärung des anderen Teiles, daß er mit dem Eintritte der Rechtsänderung einverstanden sei, enthält ebenso selbstverständlich die Erklärung, daß er die Rechtsänderung, also die Eintragung wolle, sie beantrage. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß eine (den Formvorschriften des § 29 GBO. entsprechende) Einigung in allen Fällen zur Herbeiführung der Eintragung ausreicht. Die Einigung enthält begrifflich die Eintragsbewilligung und den Eintragungsantrag in sich." Von diesem Rechtsstandpunkt aus wäre anzunehmen, daß der Eintragungsantrag, losgelöst von der Einigung, einer besonderen Gestaltung und rechtlichen Beurteilung unzugänglich ist, daß Mängel und Vorbehalte des Eintragungsantrags, auch wenn die Einigung äußerlich neben der Eintragungsbewilligung und dem Eintragungsantrag gesondert erklärt wird, die Auflassung, mit der er eine notwendige Einheit bildet, mitergreifen, und daraus würde für den vorliegenden Fall weiter folgen, daß die am Schlusse der Verhandlung vom 13. Januar 1912 dem Eintragungsantrage beigefügte Zeitbestimmung die Auflassung nach § 925 Abs. 2 BGB. unwirksam gemacht hätte. Es erhellt indessen nicht, daß das Reichsgericht die mitgeteilten Ausführungen als Rechtsgrundsatz hat aussprechen wollen. Sie finden sich nur beiläufig in der Begründung des auch vom Kammergerichte befolgten Rechtsgrundsatzes, daß zur Auflassung die Erklärung des Veräußerers des Grundstücks, daß er die Eintragung des Erwerbers als Eigentümers bewillige in Verbindung mit der Erklärung des Erwerbers, daß er diese Eintragung beantrage, genüge und es daneben noch einer besonderen formalen Einigungserklärung nicht bedürfe. Jedenfalls beruht der Beschluß des Reichsgerichts auf jenen nur gelegentlichen, eine andere Frage betreffenden Ausführungen nicht, so daß das Kammergericht in der Lage ist, von ihnen abzuweichen, ohne daß es einer Vorlegung an das

Reichsgericht in Gemäßheit des § 78 GBO. bedarf. Das Kammergericht hat bereits in dem Beschlusse vom 19. Januar 1905 (OLGRsp. 11, 159) in der hier zu erörternden Frage einen abweichenden Standpunkt eingenommen, und es hält auch nach erneuter Prüfung an dieser Rechtsmeinung fest. Nach § 10 GBO. erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Hiervon macht der § 20 GBO. eine Ausnahme für den Fall der Auflassung eines Grundstücks und der Bestellung oder Uebertragung eines Erbbaurechts. In diesen Fällen genügt nicht der Antrag, sondern muß dem Grundbuchrichter die materiell rechtliche Grundlage der Eintragung, die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles nachgewiesen werden. Daß diese Einigung in der Eintragungsbewilligung des Veräußerers in Verbindung mit dem Eintragungsantrage des Erwerbers zu finden ist, hat das Reichsgericht in dem erwähnten Beschlusse rechtsgrundsätzlich ausgesprochen. Damit ist aber nicht gleichzeitig für den Fall der Auflassung die Vorschrift des § 18 GBO. außer Kraft gesetzt. Hiernach soll eine Eintragung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt, nur auf Antrag erfolgen. Grundsätzlich hat das Grundbuchamt also nur auf Antrag tätig zu werden. Die Fälle, in denen Abweichendes gelten soll (Tätigkeit von Amts wegen oder auf Grund des Ersuchens einer Behörde), sind in dem Gesetz ausdrücklich festgestellt und unter diesem befindet sich die Auflassung nicht. Auch wenn dem Grundbuchamte die materiell rechtliche Unterlage für die Eintragung eines neuen Erwerbers vorliegt, darf es diese Eintragung nicht von Amts wegen bewirken, sondern es ist gebunden an den Antrag des Berechtigten. Da nun für die Auflassung zwar die Eintragungsbewilligung in Verbindung mit dem Eintragungsantrage genügt, andererseits aber für sie auch jede andere Erklärung ausreicht, aus der der Uebereignungswille der Beteiligten deutlich erkennbar ist, so sind die Beteiligten in der Lage, die Einigung zu erklären, sich aber den prozessualen Antrag, durch den das Grundbuchamt zur Eintragung erst befugt wird, noch vorzubehalten. Hieraus folgt weiter, daß der Antrag auf Eintragung des Erwerbers rechtlich unabhängig sein kann von der Auflassung, sofern er nämlich im Einzelfalle nicht Bestandteil der Einigungserklärung ist. Diese Voraussetzung ist hier gegeben. Die Auflassung ist erklärt worden mit den Worten: „Wir sind darüber einig, daß das Eigentum an dem . . . . Grundstück auf Karl F. übergehen soll.“ Neben dieser Auflassungserklärung hat der Antrag auf Eintragung des Karl F. als Eigentümer nur noch prozessuale Bedeutung. Aus dieser rechtlichen Sonderung folgt, daß Mängel des Antrags die Wirksamkeit der Auflassung nicht berühren, so daß die dem Antrage vom 13. Januar 1912 beigefügte Zeitbestimmung auf die Wirksamkeit der Auflassung von demselben Tage ohne Einfluß ist. Daß dieser Vorbehalt des Antrags vom 13. Januar 1912 nach § 16 Abs. 1 GBO. nicht statthaft war, kommt nicht in Betracht, da das Grundbuchamt über den Eintragungsantrag vom 23. März 1912 befunden hat und diesem ein unzulässiger Vorbehalt nicht anhaftet . . . .

Verzeichnis

der vom Reichsjustizamte zusammengestellten, in diesem Bande enthaltenen Entscheidungen, unter Angabe der darin zur Geltung gebrachten Rechtsansichten.

Blätter
für
Rechtspflege
in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. W. Zammer,
Oberlandesgerichtsrat und Geh. Justizrat
in Jena.

Der ganzen Folge 60. Band.

Neue Folge XL. Band.

Erstes Heft.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1913.




Ausgegeben am 11. April 1913.

Inhalt des ersten Heftes.

Der heutigen Nummer liegt ein Prospekt der Verlagsbuchhandlung **Franz Vahlen in Berlin** über **Mittelstein, Die Miete,** 3. Auflage, ein Prospekt der Verlagsbuchhandlung **Otto Liebmann** (Verlag der Deutschen Juristen-Zeitung) **Berlin,** über die vierte, gänzlich veränderte Auflage von **Lukas, Anleitung zur strafrechtlichen Praxis** und ein Prospekt der **Zigarrenfabrik Gebr. Blum in Goch** (Rheinl.) bei. Wir empfehlen diese Beilagen der freundlichen Beachtung der Leser.

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

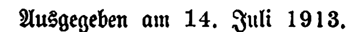
Dr. V. Sammer,
Oberlandesgerichtsrat und Geh. Justizrat
in Jena.

Der ganzen Folge 60. Band.

Neue Folge XL. Band.

Zweites Heft.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1913.



Ausgegeben am 14. Juli 1913.

Inhalt des zweiten Heftes.

Fortsetzung auf Seite 3 des Umschlags.



Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

von

Dr. V. Zammer,
Oberlandesgerichtsrat und Geh. Justizrat
in Jena.

Der ganzen Folge 60. Band.

Neue Folge XL. Band.

Drittes Heft.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1913.

Ausgegeben am 10. Oktober 1913.

Inhalt des dritten Heftes.

Blätter

für

Rechtspflege

in Thüringen und Anhalt

herausgegeben

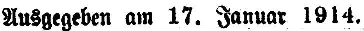
von

Dr. P. Hammer,
Oberlandesgerichtsrat und Geh. Justizrat
in Jena.

Der ganzen Folge 60. Band.
Neue Folge XL. Band.

Viertes Heft.

Jena,
Druck und Verlag von Hermann Pohle,
Großherzogl. Sächs. Hofbuchdruckerei.
1913.


Ausgegeben am 17. Januar 1914.

Inhalt auf Seite 3 des Umschlags.

Inhalt des vierten Heftes.

